

Die Stellung des Direktors einer
englischen Private Company,
dargestellt unter Berücksichtigung
der Stellung des Geschäftsführers
einer deutschen GmbH

Franz Eggert Bücker

1967



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554428_0015

Die Stellung des Direktors einer
englischen Private Company,
dargestellt unter Berücksichtigung
der Stellung des Geschäftsführers
einer deutschen GmbH

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg



vorgelegt von

Franz Eggert Bückner

Gerichtsreferendar aus Großlittgen

Marburg 1967

Als Dissertation von der Rechts- und

Staatswissenschaftlichen Fakultät

angenommen am: 7. Februar 1967

Berichterstatter: Professor Dr. Henrich

Mitberichterstatter: Professor Dr. Dr. Kaufmann

Tag der mündlichen Prüfung: 15. Februar 1967



Meinen Eltern
und
Karl Th. Steffen
Rechtsanwalt und Notar

Anordnung

Einleitung	<u>Seite</u>
1. Zum Thema der Arbeit	1
2. Entwicklungsgeschichte der GmbH	2
3. Die rechtliche Natur der GmbH	5
4. Die Gründung der PrC	6
5. Die Bedeutung des G.A. von 1948 für die PrC	7
6. Die PrC als juristische Person	10
 §1: Das Verhältnis Geschäftsführer-Gesellschaft	
1. nach deutschem Recht	12
2. nach englischem Recht	13
 §2: Die Bestellung der Geschäftsführer	
1. Die Bestellung eines GmbH-Geschäftsführers	18
2. Die Ernennung eines director einer PrC	22
3. Die verschiedenen Möglichkeiten der Ernennung	25
4. Die rechtliche Natur der Ernennung	29
5. Die Qualifikation des GmbH-Geschäftsführers	30
6. Die Qualifikation des Director einer PrC	31
 §3: Die Anstellung des Geschäftsführers	
1. Die Anstellung des GmbH-Geschäftsführers	34
2. Die Anstellung des managing director	35
3. Das Stimmrecht des Gesellschafter-Geschäfts- führer bei seiner Be- und Anstellung	37
4. Das Stimmrecht des director bei seiner Ernennung	39
 §4: Die Vertretungsbefugnis	
1. Die Vertretung der GmbH durch den Geschäftsführer	43
2. Die Vertretungsbefugnis nach englischem Recht (ultra vires-Lehre)	44
3. Die Vertretungsmacht des board und des managing director	49
4. Die Grenzen der Vertretungsmacht des GmbH- geschäftsführers	52

	<u>Seite</u>
5. Besondere Probleme bei der Einmann-Gesellschaft	54
6. Überschreitung der Vertretungsmacht innerhalb der	60
a) usual authority	62
b) apparent authority	64
7. Die Vertretungsbefugnis mehrerer Geschäftsführer bei der GmbH und der PrC	66
§5: Die Geschäftsführung	
1. Die Geschäftsführung bei der GmbH	74
2. Der Inhalt der Geschäftsführung	76
3. Die Geschäftsführung bei der PrC	78
4. Der Umfang der Betriebsleitung	79
5. Der Maßstab der dabei anzuwendenden Sorgfalt	82
§6: Die übrigen Rechte und Pflichten der Geschäftsführer	
1. Der Vergütungsanspruch des GmbH-Geschäftsführers	85
2. Die Art der Vergütung des director einer PrC	86
3. Das englische Steuersystem	89
4. Konkurrenzverbote und Konkurrenzklauseln	93
5. Die Informationspflicht des Geschäftsführers gegenüber den Gesellschaftern	97
6. Die Stellung des GmbH-Geschäftsführers im Prozeß	103
7. Die Vertretungsbefugnis des director einer PrC in Prozessen der Gesellschaft	104
§7: Die Haftung der Geschäftsführer	
1. Die zivilrechtliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers	109
a) gegenüber der Gesellschaft	109
b) gegenüber den Gesellschaftern	111
c) gegenüber den Gesellschaftsgläubigern	112

	<u>Seite</u>
2. Die zivilrechtliche Haftung des director einer PrC gegenüber	113
a) der Gesellschaft	113
b) den Gesellschaftern	118
c) den Gesellschaftsgläubigern	121
3. Die strafrechtliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers	128
4. Die strafrechtliche Haftung des director einer PrC	129
 §8: Die Beendigung der Geschäftsführerstellung	
1. Die Beendigung der Geschäftsführerstellung bei der GmbH	131
2. Die Beendigung des Anstellungsverhältnisses, insbesondere die Kündigung	132
3. Die Beendigung der Direktorenstellung bei der PrC durch	134
a) disqualification	135
b) rotation	138
c) resignation	139
d) removal	140
4. Die Beendigung der Stellung des managing director	144
5. Das Stimmrecht der Gesellschafter-Geschäftsführer bei ihrer Abberufung	152
 §9: Reform des Gesellschaftsrechts	
1. In England	155
2. In den EWG-Staaten	156

Deutsches Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesetz
AG.	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
Allg.T.	Allgemeiner Teil
Anm.	Anmerkung
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebsberater (Zeitschrift)
Betrieb	Der Betrieb (Zeitschrift)
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BstBl	Bundessteuerblatt
DJZ	Deutsche Juristenzeitung (Zeitschrift)
DR	Deutsches Recht (Zeitschrift)
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift (Zeitschrift)
Einl.	Einleitung
Erl.	Erläuterung
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
Gen	Genossenschaft
GenG	Gesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschafts- genossenschaften
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHRdsch	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
GmbHRspr.	Rechtsprechung zum GmbH-Recht
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
Jher.Jb.	Jherings Jahrbücher
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
JW	Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)

JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
KG	Kommanditgesellschaft
KO	Konkursordnung
LZ	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht (Zeitschrift)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
oHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLGRspr.	Die Rechtsprechung auf dem Gebiet des Zivilrechts durch die Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdan und Falkmann
Recht	Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenbund (Zeitschrift)
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
ROHG	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
RT	Reichstag
Sten.B.	Stenographenbericht
StGB	Strafgesetzbuch
vgl.	vergleiche
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Zeitschrift)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
Zif.	Ziffer
ZPO	Zivilprozeßordnung

Englisches Abkürzungsverzeichnis

A.C.	Law Reports, Appeal Cases, 1875-date, 3rd Ser.
App.C.	Law Reports, Appeal Cases, 1875-1890, 15 Vols. 2nd Ser.
All E.R.	All England Law Reports, 1936-date
art.	article
C.A.	Companies Act
Ch.	Law Reports, Chancery Division, 1891-date, 3rd Ser.
Ch.App.	Law Reports, Chancery Appeal Cases, 10 Vols. 1865-1875, 1st Ser.
Ch.D.	Law Reports, Chancery Division, 45 Vols. 1875-1890
Dr.&Sm.	Drewry&Smale, V.C., 2 Vols., 1860-1865 2nd Ser.
E.&B.	Ellis&Blackburn, Q.B., 8 Vols., 1851-1858
Eq.	Law Reports, Equity Cases, 20 Vols., 1866-1875, 1st Ser.
Exch.D.	Law Reports, Exchequer Division, 5 Vols., 1875-1880
Ex.PrC.	Exempt Private Company 2nd Ser.
Hare	Hare, Wigram, Knight-Bruce, Turner&Page-Wood, V.C. 11 Vols., 1841-1853
H.L.	Law Reports, House of Lords
H.L.C.	House of Lords Cases (clark), 11 Vols., 1847-1866
Ibid.	Ibidem
J.B.L.	Journal of Business Law, 1957-date
K.B.	Law Reports, King's Bench, 1891-date, 3rd Ser.
L.T.	Law Times Report, 177 Vols., 1859-1947
Ltd.	Limited
L.T.Journ.	Law Times Newspaper, 1843-date
Macq.	Macqueen, H.L., 4 Vols., 1851-1865
Meg.	Megone's Company Cases, 2 Vols., 1888-1890
M.L.R.	Modern Law Review, 1937-date
PrC.	Private Company
PuC.	Public Company
Q.B.D.	Law Reports, Queen's Bench Division, 25 Vols., 1875-1890, 2nd Ser.
Q.D.	Law Reports, Queen's Bench, 1891-date, 3rd Ser.
s.	section

S.C.	Session Cases, House of Lords, 1850-date Judiciary Reports, 1874-date
Ser.	Series
Sim.	Simons, V.C.; 17 Vols., 1826-1852
T.L.R.	Times Law Reports, 71 Vols., 1884-1952
V.C.	Vice Chancellor
Vols.	Volumes
W.L.R.	Weekly Law Reports, 1953-date

Schrifttumsverzeichnis zum deutschen Recht

- Baumbach-Duden Kurzkomentar zum HGB,
16. Aufl., München und Berlin, 1964
- Baumbach-Hueck Kommentar zum GmbH-Gesetz,
11. Aufl., München und Berlin, 1964
- Bösebeck In-sich-Geschäfte des Gesellschafter-
Geschäftsführers einer Einmann-GmbH,
in NJW1961,481
- Brodmann Kommentar zum GmbH-Gesetz,
2. Aufl., Berlin 1930
- Däubler Die Grenzen der Vertretungsmacht des
GmbH-Geschäftsführers, in GmbHRdsch
1964,223
- Drobnig Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesell-
schaften, Frankfurt-Berlin 1959
- Eder Die Abberufung des Gesellschafter-Ge-
schäftsführers, in GmbHRdsch 1962,22
- Eder Zur Änderung des Gesellschaftsrechts in
Großbritannien, in GmbHRdsch 1966,114
- Enneccerus-Nipperdey Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allg.
T., 1.Band, 15. Aufl., Tübingen 1959
- Esser Die Gesellschaft mit beschränkter
Haftung, eine gesetzgeberische Studie,
Berlin 1886
- Feine Die Gesellschaft mit beschränkter
Haftung, in Handbuch des Handelsrechts,
herausgegeben von Ehrenberg, 3. Band,
3.Abt., Leipzig 1929
- Fichtner Schwierigkeiten bei der Abberufung
eines GmbH-Gesellschafter-Geschäfts-
führers aus wichtigem Grund,
in BB 1962,822
- Fischer C. Die Gesellschaft mit beschränkter
Haftung, eine gesellschaftsrechtliche
und wirtschaftliche Studie, Berlin1948
- Fischer Das Recht der oHG als ergänzende Rechts-
quelle zum GmbH-Gesetz, in GmbHRdsch
1953,131
- Fischer R. Die Personenvereinigungen, Handbuch
des Handelsrechts, herausgegeben von
Ehrenberg, 3.B.,1.Abt., Leipzig 1916
- Gadow-Heinichen Aktiengesetz, Großkommentar, begründet
von Heinichen, E. Schmidt, W. Schmidt,
Weipert, 1.Bd. §§1-144, 2. Aufl.,
Berlin 1961

- v. Gierke Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887
- v. Godin Anmerkung zum Urteil des RG vom 1.12.1933, in NJW 1934,974
- Hachenburg Kommentar zum Gesetz, betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 1. Band, §§ 1-34, 6. Aufl., Berlin 1956
2. Band, §§ 35-84, 6. Aufl., Berlin 1959
- Heining Das Recht des GmbH-Gesellschafters auf Einsicht der Bücher, in GmbHRdsch 1950,12
- Hueck Die Rechtsstellung der Mitglieder von Organen der juristischen Personen, in Betrieb 1954,274
Gesellschaftsrecht, ein Studienbuch, 13. Aufl., München und Berlin 1965
- Krause Anmerkung zum Urteil des BGH vom 6.10.1960 (JZ 1961,631), in JZ 1961,632
- Kremer Die Tantieme des GmbH-Geschäftsführers, in GmbHRdsch 1959,233
- Kuttner Generalvollmacht für eine GmbH, in DR 1942,1488
- Lehmann Gesellschaftsrecht, ein Lehrbuch, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt 1959
- Leonhard Lehrbuch zum BGB, 1. Band, München 1929-1931
- Liebmann-Saenger Kommentar zum Gesetz, betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 7. Aufl., Berlin 1927
- Lutter Die Angleichung des Gesellschaftsrechts nach dem EWG-Vertrag, in NJW 1966,273
- Lutter/Pfrommer Die rechtliche Stellung des Geschäftsführers in den GmbH-Rechten der EWG-Länder, in GmbHRdsch 1966,201
- Molitor Die Bestellung zum Vorstandsmitglied einer AG, ihre Voraussetzungen und Folgen, Leipzig 1927
- Patschowsky Generalvollmacht für eine GmbH, in DR 1943,607
- Pleyer Selbstkontrahieren der Einmann-GmbH, Parteifähigkeit einer gelöschten Gesellschaft in GmbHRdsch 1962,179
- Reinhardt Gedanken zum Identitätsproblem bei Einmann-gesellschaften, in Festschrift für H. Lehmann, II., S. 576-593, Karlsruhe 1956

Ring	Deutsche Kolonialgesellschaften, Betrachtungen und Vorschläge, Berlin 1888
Ripfel	Ist Generalvollmacht an GmbH- Gesamtgeschäftsführer oder Dritte zulässig?, in GmbHRdsch 1953,181
Scheinmann	Die Rechtsstellung des Geschäftsführers der GmbH, Jenaer Dissertation 1931
Schilling	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 12.6.1954 (JZ 1955,47), in JZ 1955 1955,49 Die Einmanngesellschaft und das Einzelunternehmen mbH, in JZ 1953,161
Scholz	Ausschließung und Austritt aus der GmbH, Köln 1947 Kommentar zum GmbH-Gesetz, 4. Aufl., Köln 1959-1961 Zur Frage der Abberufung eines Geschäftsführers, in GmbHRdsch 1951,85
Seydel	Wettbewerbsbeschränkungen der GmbH-Gesellschafter, in GmbHRdsch 1950,154
Siebel	Die "gefährliche Einmanngesellschaft", in JZ 1953,724
Siebert	Einmann-GmbH und Strohmänn-Gründung, in BB 1954,417
Simon	Der Einfluß des Bürgerlichen Rechts auf das Aktienrecht, in ZHR 49,1
Spitaler	Die Angemessenheit der Bezüge geschäftsführender Gesellschafter einer GmbH, Köln 1958
Spitzbarth	Die rechtliche Stellung des Generalbevollmächtigten, in BB 1962,851
v. Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band, Allg.T., 11. Aufl., Berlin 1957
Sudhoff	Die Berechnung der Tantieme des GmbH-Geschäftsführers, in GmbHRdsch 1963,3 Rechte und Pflichten des Geschäftsführers einer GmbH, 2. Aufl., Köln 1965
Vogel	Kommentar zum GmbH-Gesetz, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt 1956
Wolany	Rechte und Pflichten des Gesellschafters einer GmbH, Köln 1964

Schrifttumsverzeichnis zum englischen Recht

- Ballerstedt Die Exempt Private Company als personenbezogene Unternehmensform, in GmbHRdsch 1953,139.
- Barker and Halberstame Formation of Private Companies, London 1959.
- Baumann Das Recht der Handelsgesellschaften im englischen Rechtskreis, Berlin 1961.
- Charlesworth Company Law, by T.E. Caine, 8 Aufl., London 1965.
- Cohen Report of the Committee on Company Law Amendment, herausgegeben vom Board of Trade, London 1945.
- Eder Zur Änderung des Gesellschaftsrechts in Großbritannien, in GmbHRdsch 1966,114.
- Gower The Principles of Modern Company Law, 2. Aufl., London 1957.
- Holt Die Besteuerung britischer Kapitalgesellschaften und ihrer Gesellschafter, in AG. 1963,209 und 241.
- Holt Die neue britische Körperschaftssteuer, in AG. 1966,215.
- Jenkins Report of the Company Law Committee, herausgegeben vom Board of Trade, London 1962.
- Kahn-Freud Some Reflections on Company Law Reform, in (1944) M.L.R.,54.
- Palmer Company Law, 20. Aufl., London 1959.
- Pennington Entwicklungstendenzen im englischen Aktienrecht, in ZHR 1964,338.
- Pennington The Limits of Oppression, in The Solicitors' Journal 1965,1019.
- Pennington The Principles of Company Law, London 1959.
- Rice "One Man" Company or One Man "Company", in J.B.L. 1964,36.
- Rice Power of a Director to Bind the Company, in J.B.L. 1959,332.
- Schmitthof The Rights of the Majority, in J.B.L. 1958,243.
- Seiler Reform des Gesellschaftsrechts in Großbritannien, in GmbHRdsch 1966,112.

Verzeichnis der englischen Fälle.

- Aberdeen Railway v. Blaikie (1854) 1 Macq. 461
Alexander v. Automatic Telephon Co. /1900/ 2 Ch. 56
Allen v. Hyatt (1914) 30 T.L.R. 444
Ashbury Railway Carriage Co. v. Riche (1875) 7 H.L. 653
Attorney General v. Great Eastern Railway (1880) 5 App. Cas. 473
Attorney General v. Great Northern Railway (1860) 1 Dr. & Sm. 154
Automatic Self-Cleansing Filter Syndicate Co. v. Cuninghame
/1906/ 2 Ch. 34
Baillie v. Oriental Telephone and Electric Co. /1915/ 1 Ch. 503
Bell v. Lever Brothers, Ltd. /1932/ A.C. 161
Bell House, Ltd. v. City Wall Properties, Ltd. /1965/ 3 W.L.R. 1065
Bellador Silk, Ltd., Re /1965/ 1 All E.R. 667
Bodega Company, Ltd., Re /1904/ 1 Ch. 276
Boschoek Proprietary Co. v. Fuke /1906/ 1 Ch. 148
Brazilian Rubber Plantations & Estates, Ltd., Re /1911/ 1 Ch. 425
British Syphon Co. v. Homewood /1956/ 1 W.L.R. 1190
British Thomson-Houston Co. v. Sterling Accessories, Ltd. /1924/
Burland v. Earle /1902/ A.C. 83 2 Ch. 33
Burnes v. Pennell (1849) 2 H.L.C. 497
Carruth v. Imperial Chemical Industries, Ltd. /1937/ 2 All E.R. 422
Charles Roberts & Co. Ltd. v. British Railways Board /1965/ 1 W.L.R.
City Equitable Fire Insurance Co. Re /1925/ 1 Ch. 407 396
Clark v. Urquhart /1930/ A.C. 28
Clay Hill Brick Co. v. Rawlings /1938/ 4 All E.R. 100
Cook v. Deeks /1916/ 1 A.C. 554
Danish Mercantile Co., Ltd. v. Beaumont /1951/ 1 All E.R. 925
Diplock, Re /1948/ Ch. 465
Dovey v. Cory /1901/ A.C. 477
Ebbw Vale Urban District Council v. South Wales Traffic Area
Licensing Authority /1951/ 2 K.B. 366
Edwards v. Halliwell /1950/ 2 All E.R. 1064
Ernest v. Nicholls (1875) 6 H.L.C. 401
Evans v. Brunner, Mond & Co. /1921/ 1 Ch. 359
Faure Electric Accumulator Co., Re (1888) 40 Ch.D. 141
Five Minute Car Wash Service, Ltd., Re /1966/ 1 W.L.R. 475
Forest of Dean Co., Re (1878) Ch.D. 450
Foss v. Harbottle (1843) 2 Hare 461
Foster v. Foster /1916/ 1 Ch. 532
Freeman v. Buckhurst Park Properties, Ltd. /1964/ 2 Q.B. 480
George Newman & Co., Re /1895/ 1 Ch. 674
George Whitechurch, Ltd. v. Cavanagh /1902/ A.C. 117
German Date Coffee Co., Re (1882) 20 Ch.D. 169
Glossop v. Glossop /1907/ 2 Ch. 370
Haven Gold Mining Co., Re (1882) 20 Ch.D. 151
Hivac, Ltd. v. Park Royal Scientific Instruments, Ltd. /1946/ 1
Holdsworth & Co. v. Caddies /1955/ 1 All E.R. 725 All E.R. 350
Houghton & Co. v. Nothard, Lowe & Wills /1927/ 1 K.B. 246
Howard v. Patent Ivory Manufacturing Co. (1888) 38 Ch.D. 156
Imperial Hydropathic Hotel Co. v. Hampson (1882) 23 Ch. 1
Imperial Wine Co. (Sheriff's Case) (1872) 14 Eq. 417
Industries and General Mortgage Co. v. Lewis /1949/ 2 All E.R. 573
Inman v. Ackroyd and Best /1901/ 1 K.B. 613
Isle of Wight Railway v. Tahourdin (1883) 25 Ch.D. 320

James v. Thomas H. Kent & Co. /1951/1 K.B. 551
Jan Beauforte (London)Ltd., Re /1953/ Ch. 131
Kreditbank Cassel GmbH v. Schenkers,Ltd. /1927/1 K.B. 826
Kingsbury Collieries,Ltd. and Moore's Contact, Re /1907/2 Ch. 259
Lagunas Nirate Co. v. Lagunas Syndicate /1899/2 Ch. 392
Letchford Premier Cinema v. Ermion /1931/2 Ch. 409
Lee Behrens & Co., Re /1932/2 Ch. 46
Lennard's Carrying Co. v. Asiatic Petroleum /1915/ A.C. 705
Liggett,Ltd. v. Barclays Bank /1928/1 K.B. 48
Mahony v. East Holiford Mining Co. (1875)7 H.L. 869
Marshall's Valve Gear Co. v. Manning, Wardle & Co. /1909/1 Ch. 267
Measures Brothers,Ltd. v. Measurers /1910/2 Ch. 248
Menier v. Hooper's Telegraph Works,Ltd. (1874) Ch.App. 350
National Bank of Wales,Ltd., Re /1899/2 Ch. 629
North-West Transportations Co. v. Beatty (1887)12 App.Cas. 589
Parker v. McKenna (1874)10 Ch.App. 96
Pavliides v. Jensen /1956/ Ch. 565
Phillips v. Manufacturers Securities,Ltd. (1917)86 L.J.Ch. 305
Preston v. Grant Collier Dock Co. (1840)11 Sim. 327
Rama Corporation v. Proved Tin and General Investment /1952/
Rashdall v. Ford (1866)2 Eq. 750 2 Q.B. 147
Read v. Astoria Garage (Streatham)Ltd. /1952/1 Ch. 637
Royal British Bank v. Turquand (1856)6 E.& B. 327
Rudd v. Elder Dempster 5 Co. /1933/1 K.B. 566
Salomon v. Salomon & Co.,Ltd. /1897/ A.C. 22
Salton v. New Beeston Cycle Co. /1899/1 Ch. 775
Scott v. Scott /1943/1 All E.R. 582
Scottish Co-operative Wholesale Society,Ltd. v. Meyer /1959/
Shaw & Sons,Ltd. v. Shaw /1935/2 K.B. 113 A.C. 324
Sheffield and South Yorkshire Permanent Building Society v.
Aizlewood (1890)44 Ch.D. 412
Simpson v. Westminster Palace Hotel Co. (1860)8 H.L.C. 712
Sinclair v. Brougham /1914/ A.C. 398
Southern Foundries(1926),Ltd. v. Shirlaw /1940/ A.C. 701
Spokes v. Grosvenor Hotel Co. /1897/2 Q.B. 124
Studdert v. Grosvenor (1886)33 Ch.D. 528
Swabey v. Port Darwin Gold Mining Co. (1899)1 Meg. 385
Transvaal Lands Co. v. New Belgium Land and Development Co.
/1947/2 Ch. 488
West London Commercial Bank v. Kitson (1889)12 Q.B.D. 157
Wheeler v. New Merton Board Mills /1933/2 K.B. 669
William L. Leitch Brothers,Ltd., Re /1932/2 Ch. 71
Wilson v. Lord Bury (1880)5 Q.B.D. 518
Worcester Corsetry, Ltd. v. Witting /1936/ Ch. 640
Young v. Naval, Military and Civil Service Co-operative Society
of South Africa /1905/1 K.B. 687

Einleitung

1. Zum Thema der Arbeit.

Mit dem Aufbau der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft haben rechtsvergleichende Arbeiten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts der beteiligten Staaten ein immer größeres Interesse gefunden und wurden zu keiner Zeit so zahlreich verfaßt wie heute. Das trifft besonders für das deutsche und französische Gesellschaftsrecht zu. Seltsamerweise werden aber kaum Arbeiten verfaßt, die sich mit den Unterschieden zwischen deutschem und englischem Gesellschaftsrecht befassen. Das mag einerseits daran liegen, daß England zur Zeit noch nicht Mitglied der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft ist, und deshalb das praktische Bedürfnis für rechtsvergleichende Arbeiten auf diesem Gebiet nicht allzu groß ist. Andererseits dürfte die Verschiedenheit des deutschen und englischen Rechtssystems und damit des Rechtsdenkens eine nicht unbedeutende Rolle spielen.

Das deutsche Recht wird von der Kodifizierung und damit von abstrakten Normen beherrscht, die auf einen konkreten Fall angewendet werden. Dagegen ist im englischen Recht das case law, also das Fallrecht von entscheidender Bedeutung. Das gilt auch für das Gesellschaftsrecht, wenn auch in jüngerer Zeit auf diesem Gebiet das case law durch statute law (Gesetzesrecht) teilweise ersetzt worden ist, vgl. Companies Acts 1908, 1928, 1948. Diese Kodifikation regelt aber nicht das gesamte Gesellschaftsrecht erschöpfend, sondern ist eine Teilkodifikation geblieben.

Aus der Verschiedenheit der beiden Rechtssysteme ergibt sich weiterhin, daß nicht jeder englische Rechtsbegriff mit einem entsprechenden deutschen Ausdruck übersetzt werden kann, da es im englischen Recht Institutionen gibt, die dem deutschen unbekannt sind und umgekehrt. In diesen Fällen

wird im Text der Arbeit der englische Begriff gebraucht, und, wenn erforderlich, seine Bedeutung kurz umschrieben.

Zum Vergleich wurden GmbH und Private Company deshalb gewählt, weil sie sowohl in England als auch in Deutschland die am weitesten verbreiteten Gesellschaftsformen sind. Während das deutsche GmbH-Gesetz schon kurz nach seiner Verkündung (1892) von vielen ausländischen Staaten mit geringen Abänderungen übernommen wurde (Portugal 1901, Österreich 1906, Brasilien 1919, Chile 1923, Frankreich 1925, Luxemburg 1933, Belgien 1935, Schweiz 1936, Italien 1941, Spanien 1953, Griechenland 1955), hat es zu keiner Zeit Eingang in den angelsächsischen Rechtskreis gefunden. Gerade in dieser Tatsache liegt der Reiz dieser Arbeit.

Weiterhin war für das Thema mitbestimmend, daß in der Zukunft eine Beteiligung Englands an der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft nicht verhindert werden kann und darf. Aus diesem Grunde besteht auch ein praktisches Bedürfnis für eine rechtsvergleichende Arbeit auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts.

Bevor das spezielle Thema bearbeitet werden kann, ist erforderlich, daß kurz auf die Geschichte, die Entwicklung und das Wesen der GmbH und der Private Company eingegangen wird. Es ist nicht möglich, über ein Organ dieser Gesellschaftsformen zu schreiben, wenn gewisse Begriffe in ihrer Verschiedenheit vorher nicht geklärt worden sind; denn die Unterschiede ergeben sich zum Teil aus der Entwicklung der Gesellschaftsformen.

2. Entwicklungsgeschichte der GmbH

Im Gegensatz zur AG und oHG kann die GmbH nicht auf eine lange Entwicklung zurückblicken. Sie wurde aus einem praktischen, wirtschaftlichen Bedürfnis heraus vom Gesetzgeber ohne lange Vorbereitungszeit geschaffen, um eine Lücke zwischen den schon bestehenden Gesellschaftsformen zu schließen. Die Frage, ob neben AG und oHG eine weitere neue Gesellschaftsform erforderlich sei, stand zum ersten Mal bei der Reform des Aktienrechts im Jahre 1884 öffentlich zur Diskussion. Es fehlte damals eine Gesellschaftsform für kleinere und mitt-

lere Betriebe, in der die Haftung der Gesellschafter beschränkt werden konnte. Für eine Gesellschaft mit wenigen Gesellschaftern und geringem Stammkapital war die AG nicht geeignet.

Nachdem dieses Bedürfnis allgemein bejaht worden war, ging man bei den Beratungen und Diskussionen über die neue Gesellschaftsform von zwei verschiedenen Standpunkten aus. Entweder sollte Vorbild die oHG sein oder die AG. Oechelhäuser schlug als Basis die Form der oHG vor, wobei die Haftung der Gesellschafter beschränkt werden sollte. Sie sollten neben dem Kapital ihre Arbeitskraft in die Gesellschaft einbringen, aber nicht mit ihrem ganzen Vermögen haften. Ihm schwebte eine Verbindung und Zusammenarbeit von Kapital und Kapitalgeber vor. Darin sah er die glückliche Verbindung von Geld- und Arbeitsleistung.¹⁾ Diese Gesellschaft wäre individualistisch und personalistisch ausgerichtet mit den Vorzügen der kapitalistischen AG, der Haftungsbeschränkung der Gesellschafter auf ihre Einlagen.

Die Vertreter der anderen Seite nahmen als Ausgangsform die AG. An die neue Gesellschaftsform sollten nicht so strenge Anforderungen gestellt werden. Vor allen Dingen sollten Erleichterungen hinsichtlich der Anzahl der Gesellschafter und der Sicherung des Kapitals geschaffen werden. Die Geschäftsanteile sollten auf den Namen lauten und vinkuliert sein.²⁾ Diese Gesellschaftsform hätte ihrer Grundkonzeption nach kollektivistischen und kapitalistischen Charakter gehabt, im Gegensatz zu dem Vorschlag von Oechelhäuser.

Der amtliche Entwurf des Reichsjustizamts vom Dezember 1891, der später ohne wesentliche Änderungen als "Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung" am 21. März 1892 angenommen wurde, schloß sich weder dem Vorschlag von Oechelhäuser noch dem von Ring und Esser an, sondern ging einen Mittelweg.³⁾ Danach sollte die neue GmbH sowohl individualistische als auch kollektivistische Züge tragen.⁴⁾ Sie sollte eine Mittelstellung zwischen oHG und AG einnehmen.

1) RT V.Leg.Per. 4.Sess.1884 Sten.Ber. S.220 f.

2) Diese Auffassung vertraten Esser und Ring.

3) Amtliche Ausgabe, Berlin; Franz Vahlen 1891

4) Entwurf, S. 35

In Wirklichkeit entspricht die GmbH ihrem Charakter nach mehr einer Kapital- als einer Personalgesellschaft. Darauf deutet die passive Beteiligung der Gesellschafter an der Geschäftsführung hin. Ihre Hauptaufgabe besteht darin, das Stammkapital aufzubringen. Von der Geschäftsführung sind sie zum größten Teil ausgeschlossen. Sie liegt in Händen von einem oder mehreren Geschäftsführern, die eher mit dem Vorstand einer AG als mit den Gesellschaftern einer oHG zu vergleichen sind. Zur Kontrolle der Geschäftsführung kann ein Aufsichtsrat bestellt werden, der ähnliche Funktionen ausübt wie der einer AG. Schilling nennt die GmbH in etwas überspitzter Form eine Aktiengesellschaft des kleinen Mannes, die auf die Aktie verzichtet.⁵⁾ Die GmbH-Gesellschafter können im allgemeinen ihre Rechte nur in Form von Mehrheitsbeschlüssen ausüben. Individuelle Handlungen sind in den meisten Fällen nicht möglich.

Dieser Absicht des Gesetzgebers ist die Praxis nicht immer gefolgt. Das Gesetz läßt den Gründern bei der Abfassung des Gesellschaftsvertrages so viel Spielraum für die Ausgestaltung der Gesellschaft, besonders hinsichtlich des Innenverhältnisses der Gesellschafter und Geschäftsführer, daß sich die GmbH sehr stark der oHG nähern kann. Dieser Fall liegt dann vor, wenn die Gesellschaft nur zwei oder drei Mitglieder hat, die gleichzeitig Geschäftsführer sind. Sie stehen sich hier als Individuen gegenüber, die aktiv am Geschäftsleben der Gesellschaft beteiligt sind, und die ihre ganze Arbeitskraft neben dem Kapital in die Gesellschaft einbringen.

Natürlich ist es auch möglich, die GmbH durch die Abfassung des Gesellschaftsvertrages der AG anzugleichen. Das ist häufig der Fall bei einer großen GmbH mit vielen Gesellschaftern, deren Hauptaufgabe darin besteht, das erforderliche Gesellschaftskapital zu beschaffen. Die Geschäftsführung liegt in Händen von bestellten Geschäftsführern, die keine Gesellschafter zu sein brauchen. Dieser Kapitalbeschaffungspflicht steht das Recht der Teilnahme am Jahresgewinn gegenüber.

Daraus ist ersichtlich, daß die GmbH die Gesellschafts-

5) Schilling bei Hachenburg Einl. I Anm. 1

form ist, die sich in ihrer Ausgestaltung am meisten variieren läßt und daher für die verschiedensten Geschäftszwecke geeignet ist und auch verwendet wird. Man könnte sie als die ideale Gesellschaftsform bezeichnen, wenn sie nicht durch das System der Doppelbesteuerung (Körperschaftssteuer der Gesellschaft - Einkommensteuer der Gesellschafter) benachteiligt wäre.

3. Die rechtliche Natur der GmbH

Das GmbHG selbst gibt keine Definition dieser Gesellschaftsform. Mittelbar ergibt sich die Rechtsnatur aus § 13. Diese Vorschrift enthält drei Grundsätze, die die Gesellschaftsform rechtlich charakterisieren.

In § 13 Abs. 1 ist die eigene Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft festgelegt. Sie kann Träger von Rechten und Pflichten sein. Gesellschaft und Gesellschafter sind nicht identisch. Sie stehen sich als selbständige Rechtspersonen gegenüber. Deshalb ist es möglich, daß Gesellschafter Gläubiger oder Schuldner ihrer Gesellschaft sind. Aus diesem Verhältnis können sich also wechselseitige Berechtigungen und Verpflichtungen ergeben. Die Rechtspersönlichkeit wird mit der Eintragung im Handelsregister begründet.

Tritt die Gesellschaft nach ihrer Gründung in den Geschäftsverkehr mit Dritten ein, und begründet sie Verbindlichkeiten, so handelt es sich - als Folge der rechtlichen Selbständigkeit - um Verpflichtungen der Gesellschaft. Da die GmbH eine juristische Person ist und damit rechtlich selbständig ist, muß sie auch ein eigenes Gesellschaftsvermögen haben, das wiederum von dem der Gesellschafter zu trennen ist. Für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet nur dieses Gesellschaftsvermögen, § 13 Abs. 2. Ein Rückgriff der Gläubiger auf das Privatvermögen ist grundsätzlich nicht möglich. Die persönliche Haftung der Gesellschafter ist gesetzlich ausgeschlossen. Darin besteht das wesentlichste Unterscheidungsmerkmal zur oHG und das Verbindende zur AG. Hier wird deutlich, daß der Name "Gesellschaft mit beschränkter Haftung" nicht korrekt ist; denn die GmbH haftet genau wie

6) Die Paragraphen des GmbH-G werden im weiteren Verlauf der Arbeit ohne weiteren Zusatz zitiert.

die AG und oHG unbeschränkt. Nur die Gesellschafter haften, im Gegensatz zur oHG beschränkt, nämlich nur mit ihrer Einlage.

4. Die Private Company wurde ähnlich wie die GmbH durch einen Akt des Gesetzgebers geschaffen, den Companies Act von 1907 und den im folgenden Jahr ergangenen Companies (Consolidation) Act 1908. Die Schaffung dieser Gesellschaftsform erfolgte aus den gleichen Gründen, die auf dem Kontinent zur Entwicklung der GmbH führten. Die Company limited by shares, wie sie in ihrer modernen Form durch den Companies Act von 1862 geschaffen worden war⁷⁾, entsprach in ihrer liberalen Ausgestaltung durchaus dem Zeitalter der wirtschaftlichen und industriellen Entwicklung. Im Laufe der Zeit zeigte sich aber immer mehr, daß die Schutzvorschriften für die Aktionäre und Gläubiger nicht ausreichten⁸⁾. Die Verschärfung dieser Vorschriften brachte eine gewisse Schwerfälligkeit bei der Gründung und Geschäftsführung der Company limited by shares mit sich. Jetzt fehlte es in England - wie auch in Deutschland - an einer Gesellschaftsform, die für mittlere und kleinere Unternehmer geeignet war. Deshalb wurde die Company limited by shares unterteilt in eine Public Company⁹⁾ und eine Private Company.¹⁰⁾

Im Gegensatz zur deutschen GmbH ist die PrC nicht eine selbständige Gesellschaftsform gegenüber der PuC (die etwa der deutschen AG entspricht), sondern PuC und PrC sind besondere Formen der Company limited by shares. Beide Gesellschaftsformen sind heute in einem Gesetz geregelt, dem Companies Act von 1948. Eine Unterscheidung in der Art der Geschäftsbeeteiligung zwischen Aktie und Geschäftsanteil wird hier nicht gemacht. In beiden Fällen spricht das Gesetz von shares. Im Gegensatz zur PuC sind die shares der PrC in irgendeiner Form

7) Die Bedeutung des Companies Act von 1862 besteht darin, daß in ihm die bis dahin bestehenden Einzelgesetze systematisch geordnet wurden, z.B. Buttle Act 1825, Chartered Companies Act 1837, Joint Stock Act 1856, Limited Liability Act 1855. Weiterhin ist hier zum ersten Mal die "Registered Company limited by shares" klar gefaßt worden.

8) Baumann, S. 21

9) Im folgenden Text abgekürzt als PuC

10) Im folgenden Text abgekürzt als PrC

vinkuliert. Der wesentlichste Unterschied zur PuC besteht darin, daß der PrC die komplizierten und strengen Kapital-Kontroll- und Organisationsvorschriften erlassen werden, wenn sie gewissen, vom Gesetzgeber aufgestellten Erfordernissen entspricht.¹¹⁾

Diese Erfordernisse, die entscheidend dafür sind, ob es sich um eine PuC oder eine PrC handelt, sind in s. 28 CA 1948¹²⁾ aufgezählt:

- a) die Beschränkung der Übertragung der shares,
- b) die Begrenzung der Zahl der Gesellschafter auf 50¹³⁾, wobei jetzige und frühere Angestellte der Gesellschaft nicht mitgerechnet werden,
- c) die Gesellschaft darf sich bei der Kapitalbeschaffung nicht an den öffentlichen Kapitalmarkt wenden.

Nimmt die Gesellschaft diese Einschränkung auf sich, und sind sie in den articles niedergelegt, dann ist sie eine PrC und genießt gegenüber der PuC die im Gesetz aufgezählten Vorzüge, besonders hinsichtlich der Geschäftsaufnahme, der Kontroll- und Publizitätspflichten.¹⁴⁾

Daraus wird ersichtlich, daß PuC und PrC in ihrer Grundkonzeption gleich sind. Die Vorschriften des Companies Act sind auf beide anwendbar; im allgemeinen spricht das Gesetz nur von Companies. Handelt es sich um eine Regelung, die nur speziell auf eine bestimmte Gesellschaftsform anwendbar ist, so ist das ausdrücklich im Gesetz gesagt.¹⁵⁾

5. Das jedenfalls war die Rechtslage hinsichtlich dieser beiden Gesellschaftsformen nach Erlass der Companies Acts von 1907 und 1908. Das wesentlichste an diesem Gesetz war die Trennung der "Registered Company limited by shares" in PuC und PrC.

11) Baumann, S. 152

12) Wenn im folgenden eine Vorschrift = s. ohne Zusatz zitiert wird, dann handelt es sich um eine solche des Companies Act von 1948.

13) Eine so hohe Gesellschafterzahl mag auf den ersten Blick überraschen, läßt sich aber aus dem Umstand erklären, daß die shares nicht einen bestimmten Nennwert haben müssen, sondern shares zu £ 1 möglich und auch gebräuchlich sind.

14) Auf die nähere Ausführung der Vor- und Nachteile einer PrC gegenüber einer PuC muß hier verzichtet werden. Es wird insoweit auf die Erörterungen von Charlesworth, chapt. 21, S.307 verwiesen.

15) vgl. dazu ss. 28; 176; 181,5.

Anders als der Gesetzgeber es sich vorstellte, hat sich die Praxis entwickelt. Da Publizitätspflichten nur in sehr geringem Umfang bestanden, war es möglich, die Form der PrC zum Aufbau von riesigen Konzernen zu benutzen, bei denen die Beteiligungen der einzelnen Firmen untereinander nicht mehr kontrollierbar waren.¹⁶⁾ Damit war die PrC ihrem Zweck entfremdet worden: nämlich als Gesellschaftsform für mittlere und kleinere Unternehmen zu dienen, in denen zwischen den Gesellschaftern eine persönliche Beziehung (private) bestehen sollte. Ähnlich wie in Deutschland die GmbH im Verhältnis zur AG trat die PrC in England in Konkurrenz zur PuC und ersetzte sie in vielen Fällen, für die sie nicht vorgesehen war.¹⁷⁾

Um diesem Mißbrauch abzuhelpfen, griff der Gesetzgeber durch den Companies Act von 1948 ein und gliederte die PrC in eine Non-Exempt PrC und eine Exempt PrC auf.¹⁸⁾

Wie vorher die PrC bestimmte Erfordernisse erfüllen mußte, um in den Genuß gewisser Vorteile gegenüber der PuC zu kommen, muß die Ex.PrC, wenn sie nicht unter die Publizitätspflichten der Ordinary PrC fallen will, in ihre articles aufnehmen, daß

- a) keiner der Anteile oder Schuldverschreibungen (debentures) der Ex.PrC sich im Besitz einer anderen juristischen Person befindet, es sei denn, es handelt sich um eine Ex.PrC, s. 129, 2a,
- b) keine andere Person als die im Aktienregister eingetragene Rechte an den shares oder Schuldverschreibungen der Gesellschaft besitzt, mit gewissen Ausnahmen hinsichtlich von Banken, Treuhändern und Verwandten s. 129, 2a/VII Schedule,
- c) die Zahl der Gesellschafter und Inhaber von Schuldverschreibungen auf 50 beschränkt ist, s. 129, 2b,
- d) keine juristische Person dem board of directors (Direktorenkollegium) angehört, s. 192, 2c,
- e) weder die Gesellschaft noch einer ihrer Direktoren an einem Gesellschaftsabkommen (arrangement) beteiligt ist, durch das die Geschäftsführung (policy) der Gesellschaft dem Einfluß außenstehender Personen oder Gesellschaften unterworfen wird, s. 129, 2c.

16) Baumann, S. 155

17) Ballerstedt, S. 141

18) Im folgenden Text als Ex.PrC zitiert.

Diesen Nachteilen der PuC und der Ordinary PrC stehen folgende Vorteile gegenüber:

- a) die Ex.PrC braucht die in s. 127 erforderlichen Unterlagen bezüglich der Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung nicht an die Registerbehörde einzureichen, s. 129, 1
- b) sie genießt gegenüber anderen Gesellschaften gewisse Form-erleichterungen bei bestimmten Gesellschafterbeschlüssen, s. 143,1
- c) sie darf an Direktoren Darlehen ausgeben, ohne dabei den Beschränkungen zu unterliegen, die für die übrigen Gesellschaften gelten, s. 190,1
- d) die Abschlußprüfer (auditor) brauchen nicht die in s.161,1 geforderten Qualifikationen zu haben, sondern können auch Angestellte der Direktoren sein, nicht aber Angestellte oder Direktoren der Gesellschaft, s. 161,2.

Der Gesetzgeber hat damit bewirkt, daß diese Vorteile nur solchen Gesellschaften zugute kommen, die wirklich "private" sind, wo also zwischen den Gesellschaftern verwandtschaftliche oder persönliche Beziehungen (Familiengesellschaften) bestehen. Konzernabhängige Gesellschaften erhalten diese Erleichterungen grundsätzlich nicht. Durch diese Regelung hat die Ordinary PrC ihre Bedeutung weitgehend verloren, da sie kaum noch Vorteile gegenüber der PuC besitzt. Ihre frühere Stellung hat heute die Ex.PrC eingenommen.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß die Ex.PrC nur eine besondere Form der PuC ist, sich im wesentlichen nur dadurch von ihr unterscheidet, daß sie sich bei der Kapitalbeschaffung nicht des öffentlichen Kapitalmarktes bedienen darf, und ihre Mitglieder nur natürliche Personen sein dürfen, deren Zahl dazu noch auf 50 beschränkt ist. Diesen Nachteilen stehen als Vorteile gegenüber, daß sie ihr Gesellschaftsverhältnis und ihre Geschäftslage nicht zu offenbaren braucht und nicht den strengen Kontrollpflichten der PuC unterworfen ist. Außerdem müssen die shares in irgendeiner Form vinkuliert sein. Dieselben Unterschiede ergeben sich bei einem Vergleich mit der deutschen AG.

6. Die rechtliche Natur der PrC.¹⁹⁾

Die PrC besitzt ebenso wie die PuC eine eigene Rechtspersönlichkeit, genau wie die GmbH. Sie ist eine juristische Person, der - mit gewissen Einschränkungen - die gleichen Rechte und Pflichten zustehen wie einer natürlichen Person. Das Vermögen der Gesellschaft ist unabhängig von dem der Gesellschafter. Für Schulden der Gesellschaft haftet grundsätzlich nur das Gesellschaftsvermögen. Eine klare Trennung ist zwischen den Gesellschaftern als natürlichen Personen und der Gesellschaft als juristischer Person zu machen. Diese Grundsätze sind in dem Fall Salomon v. Salomon & Co. Ltd. aufgestellt worden.²⁰⁾ Unterschiede in der Rechtsnatur der GmbH und der PrC ergeben sich nicht.

Wie die GmbH gegenüber der AG, besitzt die Ex.PrC gegenüber der PuC besondere Vergünstigungen hinsichtlich der Gründungserfordernisse, der geschäftlichen Organisation und der Fürerungs- und Publizitätspflichten.

Unterschiede zwischen PrC und GmbH ergeben sich aber in der Ausgestaltung der beiden Gesellschaftsformen. Die GmbH kann sowohl kapitalistisch als auch individualistisch ausgerichtet werden. Das Gesetz läßt einen so großen Spielraum, daß es allein von der Ausgestaltung der Satzung abhängt, ob die GmbH zur oHG oder AG tendiert. Man hat sich bei ihrer Schaffung bewußt nicht auf den einen oder anderen Typ festgelegt. Deshalb ist die GmbH auch nicht für einen bestimmten Unternehmenstyp ausgeprägt worden.²¹⁾

In England hat der Gesetzgeber durch den Companies Act von 1948 in die Praxis dadurch eingegriffen, daß er das persönliche Prinzip mehr in den Vordergrund stellte. Eine Beteiligung anderer juristischer Personen ist unmöglich, ausgenommen sind andere Ex.PrCs. Wie Baumann es ausdrückt, wurde die PrC auf ihre Grundform, eine Familiengesellschaft, zurückgeführt²²⁾ und war damit für die großen Kapitalgesellschaften uninteressant geworden.

19) Hier braucht zwischen der Ordinary und der Ex.PrC kein Unterschied gemacht zu werden, da sie sich in ihren Grundkonzeptionen und ihrem rechtlichen Status nicht unterscheiden.

20) /1897/ A.C. 22, 30, 43, 51.

21) Ballerstedt, S. 140

22) Baumann, S. 155

In Deutschland könnte man zu dem gleichen Ergebnis bei der GmbH kommen, wenn man die Beteiligung juristischer Personen verbieten würde, oder im Fall der Beteiligung die Prüfungs- oder Publizitätspflichten verschärfen würde. Damit käme man zu einer strengeren Trennung zwischen Großkapitalgesellschaft (AG) und der für mittlere und kleinere Unternehmen gedachten GmbH.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß die Ex.PrC in England sowohl ihrer juristischen Konstruktion als auch ihrer wirtschaftlichen Bedeutung nach der GmbH in Deutschland entspricht.

Das mag zahlenmäßig aus folgender Zusammenstellung hervorgehen: Im Jahre 1961 gab es in England 10 682 PuCs mit einem Stammkapital von £ 4 879 Mill. Dem standen 386 354 PrCs mit einem Stammkapital von £ 2 733 Mill. gegenüber, wovon 269 292 Ex.PrCs waren. Im gleichen Jahr bestanden in der BRD 2 355 Aktiengesellschaften mit einem Stammkapital von 34.170.374 DM. Die Zahl der Gesellschaften mit beschränkter Haftung betrug 38 818 mit einem Stammkapital von 16.732.643 DM.^{22a)}

In beiden Ländern ist die Zahl der Gesellschaften mit beschränkter Haftung bzw. der PrCs um ein vielfaches höher als die der Großkapitalgesellschaften; in Deutschland beträgt das Verhältnis 16:1, in England ist es noch höher, 36:1, wobei allerdings die PrCs mitgerechnet sind. Dagegen ist in beiden Ländern das Stammkapital der Großkapitalgesellschaften ungefähr doppelt so hoch wie das der Gesellschaften mit beschränkter Haftung bzw. der PrCs.

22a) Die Zahlen über das Verhältnis in Deutschland sind der Aufstellung aus "Wirtschaft und Statistik" 1962, 141 f. entnommen. Die englischen Werte stammen von Pennington in ZHR 1964, 338, 341.

§ 1: Das Verhältnis Geschäftsführer - Gesellschaft.

1. Die Regelung nach deutschem Recht.

Im Rechtsverkehr wird die GmbH als juristische Person durch natürliche Personen, ihre Geschäftsführer, repräsentiert.

Der Streit darüber, ob die Geschäftsführer einer GmbH Vertreter²³⁾ oder Organe²⁴⁾ der Gesellschaft sind, ist heute zugunsten der letzteren Meinung entschieden. Voraussetzung für die Vertretertheorie wäre, daß man die juristische Person als rechts- aber nicht willensfähig bezeichnen würde. Sie würde durch ihre Vertreter vertreten und durch deren Handlungen berechtigt und verpflichtet. Diese Handlungen würden nicht als Handlungen der juristischen Person selbst angesehen, sondern als die der Vertreter.²⁵⁾ Folglich müßten auf das Verhältnis Gesellschaft - Vertreter und Vertreter - Dritte die §§ 164 ff BGB Anwendung finden.

Als juristische Person ist die GmbH aber nicht nur rechts- sondern auch willens- und handlungsfähig. Sie handelt durch ihre Organe, die v. Gierke als ein Stück der Gesellschaft selbst bezeichnet.²⁶⁾ Gegen die Vertretertheorie spricht die Regelung des § 26 Abs. 2 BGB, daß der Vorstand eines rechtsfähigen Vereins nicht dessen Vertreter ist²⁷⁾, sondern die Stellung eines gesetzlichen Vertreters hat. Er ist nicht gesetzlicher Vertreter, sondern wird nur als solcher behandelt. Dieser Auffassung entspricht auch die Regelung des § 31 BGB, wonach die juristische Person selbst deliktfähig ist. Wäre der Geschäftsführer Vertreter der Gesellschaft, könnte diese sich durch einen Exkulpationsbeweis von ihrer Haftung befreien, § 831 BGB. Gegen die Organtheorie spricht nicht, daß in § 35 von der Vertretung der GmbH durch ihre Geschäftsführer gesprochen wird. Dadurch soll nur das Handeln der Geschäfts-

23) Für die Vertretertheorie: Leonhard, Allg. T. § 34; Schloßmann, Organ und Stellvertretung, in Jher. Jb. 44, 289 ff.

24) Für die Organtheorie: Coing bei Staudinger, § 26 Anm. 10; Schilling bei Hachenburg, § 35 Einl.; Feine, S. 466.

25) Enneccerus-Nipperdey, I, § 103, III

26) Genossenschaftstheorie, S. 603 ff.

27) § 26 Abs. II BGB gilt nicht nur für den Vorstand eines rechtsfähigen Vereins, sondern für alle juristischen Personen, z.B.: AG, GmbH und Genossenschaften.

führer nach außen (Vertretung) von dem Handeln nach innen (Geschäftsführung) abgegrenzt werden. Daraus ergibt sich gleichzeitig, daß die Vertretungsmacht nicht beschränkt werden kann, da sonst gleichzeitig die Handlungsmacht der Gesellschaft beschränkt würde.

Der rechtliche Unterschied zwischen Vertreter und Organ besteht darin, daß das Organ nicht für einen anderen handelt. Seine Handlungen sind vielmehr Handlungen der juristischen Person selbst, da das Organ ein Teil der gesellschaftlichen Organisation selbst ist. Wäre dagegen der Geschäftsführer Vertreter, so müßte man die Personen, Gesellschaft und Vertreter, streng voneinander unterscheiden, da die Vertretung des BGB verschiedene Personen voraussetzt, wobei die eine für die andere handelt.²⁸⁾

Bei der Organschaft ist zu unterscheiden zwischen dem Prinzip der Selbst- und dem der Drittorganschaft. Bei der Selbstorganschaft ist erforderlich, daß Organe und damit Geschäftsführer einer Gesellschaft nur Personen sein können, die gleichzeitig auch Gesellschafter sind.

Diesen Weg ist der deutsche Gesetzgeber nicht gegangen. Auch Nichtgesellschafter einer GmbH können zu Geschäftsführern bestellt werden. Damit wurde der Gesellschaft ein starker kapitalistischer Zug gegeben, da die Trennung von Geschäftsführer und Kapitalgeber jederzeit möglich ist. Das bedeutet gleichzeitig eine Annäherung an die AG. Hätte man das Prinzip der Selbstorganschaft eingeführt, wäre damit eine mehr den Personalgesellschaften entsprechende Gesellschaftsform geschaffen worden.

Da der Gesetzgeber aber mit der Wahl des Drittorganprinzips die Selbstorganschaft nicht ausgeschlossen hat, stehen der GmbH beide Möglichkeiten offen. Große Gesellschaften können der AG in ihrer Organisation angeglichen werden, wogegen kleinere Gesellschaften sich mehr nach der oHG ausrichten, indem in der Satzung den Gesellschaftern die Geschäftsführung übertragen wird.

2. Das Verhältnis Gesellschaft - Geschäftsführer nach englischem Recht.

Da auch die PrC eine juristische Person (corporation) ist,

28) Schilling bei Hachenburg, § 35 Einl.

muß sie ihre Handlungen durch natürliche Personen vornehmen. Diese Aufgabe obliegt dem board of directors, einem Kollegium.²⁹⁾ In welchem Verhältnis der board zur Gesellschaft steht, ist bestritten. Entweder sieht man in ihm den Vertreter der Gesellschaft oder ihr handelndes Organ.

Schon früh wurde in der Rechtsprechung entschieden, daß die Gesellschafter in der Hauptversammlung die Gesellschaft als juristische Person verkörpern³⁰⁾, und das höchste willensbildende und ausführende Element sind (supreme governing body). Zwar wird das Wort Organ noch nicht gebraucht, es kommt aber so viel zum Ausdruck, daß die Gesellschaft als juristische Person durch natürliche Personen handelt, hier die Mehrheit der Gesellschafter in der Hauptversammlung, die selbst die Gesellschaft verkörpern.

Für den board galt diese Regelung ursprünglich nicht. Die Gesamtheit der Direktoren oder einzelne geschäftsführende Direktoren wurden in der Regel als Vertreter der Gesellschaft angesehen. Auf das Verhältnis company - board fanden ausschließlich die Grundsätze des common law hinsichtlich der agency (Vertretung) Anwendung.³¹⁾ Als willensbildendes Organ wurde nur die Hauptversammlung angesehen, deren Beschlüsse durch die Direktoren ausgeführt wurden.³²⁾ Zu dieser Zeit waren sie reine Vertreter der Gesellschaft.

Im Laufe der Zeit hat sich dagegen eine Entwicklung ergeben, nach der die Stellung des board immer mehr der der Hauptversammlung angeglichen wurde. Damit war der Weg geebnet für die Auffassung, daß neben der Hauptversammlung noch ein anderes Organ besteht, das die Geschäfte der Gesellschaft führt. Unterscheidungsmerkmal ist nach dieser Ansicht die Unabhängigkeit der beiden Gremien voneinander. Wenn durch die Satzung die Direktoren einmal ermächtigt worden sind, die Geschäfte der Gesellschaft zu führen, können die Gesellschafts-

29) Über die Zusammensetzung des board of directors wird unten näher zu berichten sein, s.u. § 2, 3 S.

30) Foss v. Harbottle (1843) 2 Hare 461, 493

31) So noch ein großer Teil der heutigen Lehre. Für alle vgl. Pennington, S.93, der allerdings den managing director auch als Organ der Gesellschaft bezeichnet. Die klare Trennung des deutschen Rechts zwischen Vertreter und Organ scheint hier noch nicht gemacht zu sein, S. 399.

32) Isle of Wight Ry. v. Tahourdin (1883) 25 Ch.D. 320,329.

ter in Handlungen der Geschäftsführer nicht mehr auf Grund eines Beschlusses eingreifen, nur noch durch Änderung der Satzung oder Abberufung der Geschäftsführer.³³⁾ Der board handelt von jetzt an selbständig und unabhängig. Er unterliegt nicht mehr der Kontrolle der Gesellschafter.³⁴⁾

Die Stellung des board als unabhängiges Gremium richtet sich danach, in welchem Umfang die Hauptversammlung ihm ihre Macht als ursprüngliches Geschäftsführungsorgan übertragen hat. Im allgemeinen geht die Machtdelegation heute so weit, daß alle Geschäftsführungsaufgaben auf das Direktorium übertragen werden, die nicht ausdrücklich durch Gesetz oder Satzung durch die Gesellschafter ausgeübt werden müssen. Damit scheint die alte Ansicht, daß die Hauptversammlung als alleiniges Gesellschaftsorgan und der board nur als ihr Vertreter angesehen wird, überwunden zu sein.³⁵⁾

In den Entscheidungen Automatic Self-Cleansing Filter Syndicate Co.v.Cuninghame und Scott v. Scott ist der board noch nicht ausdrücklich als Organ der Gesellschaft bezeichnet worden. Das geschah zum ersten Mal in Lennard's Fall³⁶⁾, der von Gower als epochemachend hingestellt wird.³⁷⁾ Es handelt sich um einen Schadensersatzanspruch gegen einen Schiffseigentümer für den Verlust einer Ladung, der durch fahrlässiges Handeln (negligence) eines director verursacht worden war, der seine Vertretungsbefugnis überschritten hatte. Eigentümer dieses Schiffes war eine Gesellschaft, die selbst kein Verschulden traf. Nach common law hätte der Geschädigte gegen die Gesellschaft keinen Anspruch gehabt, da diese für Handlungen ihrer Vertreter nur so lange haftet, wie diese sich innerhalb ihrer Vertretungsmacht bewegen. Richter Haldane hat auch in diesem Fall dem Geschädigten einen Anspruch zugestanden mit folgender Begründung: Die Gesellschaft ist keine natürliche Person, sie tut ihren Willen nach außen durch Handlungen des board kund, der als ihr wirkliches "ego" zu bezeichnen ist. Die Handlungen des board oder eines geschäftsführenden Direktors

33) Automatic Self-Cleansing Filter Syndicate Co.v.Cuninghame /1906/2 Ch. 34,45; Scott v.Scott (1943/ 1 All E.R. 582, 584

34) Foster v. Foster /1916/ 1 Ch. 532, 542

35) Gower, S. 123

36) Lennard's Carrying Co.v.Asiaic Petroleum /1915/A.C.705

37) Gower, S. 134

müssen in diesem Fall als Handlungen der Gesellschaft angesehen werden, für die die Gesellschaft haftet.³⁸⁾

Die Organtheorie wurde hier eingeführt, um folgende Haftungslücke zu schließen: Wenn ein agent oder servant einer Gesellschaft Handlungen vornimmt, die außerhalb des Geschäftsbereichs der Gesellschaft liegen (*ultra vires*), haftet er nur persönlich. Die Gesellschaft wird weder berechtigt noch verpflichtet. Nach *common law* hätte der Dritte gegen sie keinen Anspruch. Entsprechend der Entscheidung im Fall *Lennard* haftet die Gesellschaft jetzt auch für solche Handlungen ihrer Direktoren.

Nur bei der Haftung der Gesellschaft wird unterschieden zwischen der Stellung des board einerseits und der eines einfachen Vertreters oder Angestellten. Im ersteren Fall besteht zwischen Gesellschaft und board ein Organschaftsverhältnis, nach dem zum Schadensersatz verpflichtende Handlungen der Geschäftsführer als solche der Gesellschaft gelten.

Eine weitere Erklärung für die Begründung der Organtheorie in dieser Entscheidung ergibt sich dann, wenn man berücksichtigt, daß Richter Haldane in Göttingen deutsches Recht studiert hat. Das ist eins der wenigen Beispiele, in denen das englische Gesellschaftsrecht von deutschem Rechtsdenken beeinflusst worden ist. Es ist nicht etwa so, daß diese Entscheidung als Ausnahme im englischen Recht anzusehen ist. Die Gedanken dieses Urteils sind in zwei späteren Entscheidungen wiederzufinden, die sich auch mit der Frage befassen, ob das fahrlässige Handeln des board als das der Gesellschaft anzusehen ist.³⁹⁾ Die Organtheorie kann man zwar noch nicht als die h.M. bezeichnen, doch jedenfalls als die modernere, die sowohl in der Praxis als auch in der Lehre vertreten wird. Sie ist noch nicht bis in alle Einzelheiten durchdacht, sondern wurde hauptsächlich eingeführt, um das oben aufgezeigte Haftungsproblem zu lösen.⁴⁰⁾ Während die Bejahung oder Ablehnung der Organtheorie in Deutschland eher ein dogmatisches Problem war, ist es heute noch in England ein rein praktisches, da es keine dem § 31 BGB entsprechende Regelung gibt.

38) s.o.Anm. 36), S. 713 f.

39) *Rudd v. Elder Dempster & Co.*/1933/ 1 K.B. 566, 576
Wheeler v. New Merton Board Mills /1933/ 2 K.B. 669, 678

40) Gower ist wohl der einzige Autor, der sich mit diesem Problem eingehend befaßt und die Organtheorie ausdrücklich bejaht, vgl. S. 134 ff.

Jedenfalls hat die Organtheorie auch in England bewirkt, daß nicht mehr zwischen drei Personen - Vertreter - Vertretener - Dritter - unterschieden werden muß, sondern nur noch zwischen zwei, Gesellschaft - Dritter.

Im Gegensatz zu den früheren Mustersatzungen⁴¹⁾ überläßt Table A des Companies Act von 1948 es den Gründern, zu bestimmen, ob die Direktoren gleichzeitig Gesellschafter sein müssen oder nicht.⁴²⁾ Es ist sowohl eine Selbst- als auch eine Drittorganschaft möglich. Der in der Praxis häufigste Fall dürfte die Selbstorganschaft sein. So sieht die Mustersatzung in art. 107 vor, daß die Direktoren einen aus ihrer Mitte zum managing director bestimmen können. Da in den meisten Fällen schon von den ordinary directors eine Beteiligung am Gesellschaftskapital gefordert wird (share qualification), ergibt sich zwangsläufig, daß auch der managing director Gesellschafter ist.

Im Gegensatz zum deutschen Recht ist die Selbstorganschaft kein Indiz für die individualistische Ausgestaltung einer Gesellschaft. Sie ist sowohl bei der PuC als auch bei der PrC zu finden. Der Grund liegt vielmehr in der Art der Besoldung der Geschäftsführer.⁴³⁾ Während in Deutschland im allgemeinen die Geschäftsführer nur bei kleineren Gesellschaften gleichzeitig Gesellschafter sind, ist das in England bei den meisten PrC die Regel.

41) Companies Clauses Act 1845, s. 185; Companies Act 1928 Table A art. 66

42) Table A ist ein Anhang zum Companies Act 1948, der eine Mustersatzung enthält, die dann für eine Gesellschaft gilt, wenn diese keine eigene Satzung verfaßt hat. Die Regeln dieser Mustersatzung werden im folgenden Text ohne weiteren Zusatz unter der Abkürzung art. = article zitiert.

43) s.u. § 6, S. 88 ff

§ 2: Die Bestellung der Geschäftsführer.

1. Die Bestellung nach deutschem Recht.

Die Bestellung eines Geschäftsführers einer GmbH muß erfolgen, bevor die Gesellschaft zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet wird; denn die GmbH entsteht als juristische Person erst mit der Eintragung im Handelsregister. Die Eintragung hat damit erst konstitutive Wirkung.⁴⁴⁾ Die Anmeldung zum Handelsregister ist durch den Geschäftsführer vorzunehmen, § 78. Voraussetzung ist also, daß ein Geschäftsführer schon im Zeitpunkt des Gründungsstadiums bestellt wird, spätestens bis zur Stellung des Antrags auf Eintragung ins Handelsregister. Ist bis dahin kein Geschäftsführer ernannt, wird der Registerbeamte eine Eintragung ablehnen. Die Gesellschaft kann zwar ohne Geschäftsführer gegründet werden und auch bestehen, sie kann aber nicht handeln. Erfolgt eine Eintragung, obwohl kein Geschäftsführer ernannt worden ist, dann entsteht die Gesellschaft als juristische Person trotz dieses Mangels.

Die Bestellung der Geschäftsführer kann auf verschiedene Art und Weise erfolgen:

a) Nach § 6 Abs.2, S.2 kann die Bestellung im Gesellschaftsvertrag vorgenommen werden. Gleichzeitig mit der Gründung der GmbH wird ein Geschäftsführer bestellt. In diesem Fall wird die Ernennung nicht als Bestandteil der Satzung angesehen. Eine Änderung der Person des Geschäftsführers bewirkt nicht gleichzeitig eine Änderung des Gesellschaftsvertrages und braucht deshalb auch nicht mit der dazu erforderlichen Mehrheit zu erfolgen. Im Zweifel erfolgt die Ernennung nur bei Gelegenheit der Satzungsfeststellung.⁴⁵⁾ Soll die Bestellung des Geschäftsführers im Gesellschaftsvertrag eine andere Bedeutung haben - z.B.: die Auferlegung einer besonderen Pflicht oder die Einräumung eines Sonderrechts⁴⁶⁾ - so muß darauf ausdrücklich in der Satzung hingewiesen werden.

44) Diese Voraussetzung ist im GmbHG nicht positiv geregelt, ergibt sich aber negativ aus § 11 S.1.

45) so die h.M.: Brodmann, § 6, Erl. 2b; Feine, S.473; Schilling bei Hachenburg, § 35 Anm. 41; RGZ 44, 95,97f; Scholz, § 6 Anm. 6.

46) In diesem Fall ist die Bestellung nicht jederzeit frei widerruflich gem. § 38 Abs.1, sondern nur noch aus wichtigem Grund; vgl. dazu RG LZ 1909, 75.

b) Ist die Frage der Geschäftsführung nicht schon im Gesellschaftsvertrag geregelt, dann kann die Ernennung der Geschäftsführer durch einen Gesellschafterbeschuß erfolgen, § 46 S.5. Dieser Beschuß kann sowohl in einer Gesellschafterversammlung gefaßt werden, als auch mit Einverständnis aller Gesellschafter durch schriftliche Abgabe der Stimmen, § 48 Abs. 2.

Das sind die beiden im Gesetz angeführten Möglichkeiten der Geschäftsführerbestellung. Es handelt sich dabei jedoch nicht um eine abschließende Aufzählung. Den Gesellschaftern ist es weiterhin überlassen, im Gesellschaftsvertrag andere Regelungen über die Ernennung der Geschäftsführer zu treffen. Die beiden oben genannten gesetzlichen Möglichkeiten kann man als eine direkte Bestellung der Geschäftsführer durch den Gesellschaftsvertrag bezeichnen.

c) Einem oder mehreren Gesellschaftern kann das Recht der Ernennung der Geschäftsführer im Gesellschaftsvertrag eingeräumt werden. Dadurch wird diesen Personen ein Sonderrecht - im Gegensatz zu den allgemeinen Mitgliedschaftsrechten - eingeräumt.⁴⁷⁾ Dieses Ernennungsrecht einzelner Gesellschafter kommt in den verschiedensten Variationen vor: Entweder bestellt ein Gesellschafter alle Geschäftsführer, oder mehrere Gesellschafter sind berechtigt, je einen Geschäftsführer zu bestellen.

Von der Möglichkeit der Ernennung durch einen Gesellschafter wird häufig dann Gebrauch gemacht, wenn eine Einzelfirma in eine GmbH umgewandelt wird, und der frühere Alleininhaber sich auf diese Art und Weise einen dauernden Einfluß auf die Geschäftsführung sichern will, ohne selbst Geschäftsführer zu sein.

Desgleichen kann das Ernennungsrecht der Geschäftsführer auf einen etwa bestehenden Aufsichtsrat übertragen werden. Ist dieser nicht in der Lage, dieses Recht auszuüben, weil er funktionsunfähig aus irgendeinem Grunde ist, dann tritt die gesetzliche Regelung wieder in Kraft, d.h.: die Ernennung erfolgt durch die Gesellschafterversammlung.⁴⁸⁾

47) Schilling bei Hachenburg, § 35 Anm.42 und § 14 Anm. 18

48) BGHZ 12, 337, 340

Bei den bis jetzt erwähnten Ernennungsarten der Geschäftsführer handelte es sich um die Ausübung von Mitgliedsschaftsrechten durch die Gesellschafter oder den Aufsichtsrat.

d) Es ist aber auch möglich, daß einer nicht an der Gesellschaft beteiligten Person in der Satzung das Recht eingeräumt wird, den oder die Geschäftsführer zu ernennen. Von dieser Möglichkeit wird in der Praxis dann Gebrauch gemacht, wenn eine Gesellschaft nur aus zwei Gesellschaftern besteht, und keiner von beiden dem anderen das Recht einräumen will, den Geschäftsführer zu ernennen. Könnten sich die Gesellschafter in diesem Fall nicht einigen, wäre die Bestellung eines Geschäftsführers unmöglich. Die GmbH würde nie handlungsfähig. Um diese Unsicherheit auszuschließen, überträgt man das Recht der Ernennung der Geschäftsführer auf einen neutralen außenstehenden Dritten, z.B.: auf die Industrie- und Handelskammer.⁴⁹⁾

Im Gegensatz zu den ersten beiden Bestellungsarten handelt es sich bei den jetzt erörterten um eine indirekte Bestellung der Geschäftsführer im Gesellschaftsvertrag, indirekt deshalb, weil das Ernennungsrecht durch das Statut einem Dritten eingeräumt wird, der es dann ausübt.

e) Die letzte Möglichkeit der Ernennung eines Geschäftsführers ist die Notbestellung durch das Amtsgericht gem. § 29 BGB.⁵⁰⁾ Das kann dann erforderlich sein, wenn der Gesellschafter - Geschäftsführer einer Einmann GmbH durch Tod ausscheidet oder aus irgendeinem Grunde tatsächlich oder rechtlich handlungsunfähig wird⁵¹⁾, ohne daß die Frage der Nachfolge geregelt ist. Bei der Auswahl der Person des Geschäftsführers ist das Gericht weder an Vorschläge Dritter

49) Ob der Dritte Kurationsorgan ist (so Feine, S. 474), oder ob er gegenüber den Gesellschaftern weisungsgebunden ist (RGZ 82, 308, 313f), oder ob er den Geschäftsführer auch allein abberufen kann (RG 3, 123, 131, Scholz § 38 Anm. 7), braucht hier nicht erörtert zu werden, da es sich dabei um ein Recht des Dritten gegenüber der Gesellschaft handelt. Die Beziehung Gesellschaft-Geschäftsführer wird dadurch nicht berührt.

50) Einigkeit besteht darüber, daß § 29 BGB nicht nur auf den rechtsfähigen Verein, sondern auch auf die juristischen Personen des Handelsrechts anwendbar ist; vgl. Coing bei Staudinger, § 29 Anm. 3 mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung.

51) Coing bei Staudinger, § 29 Anm. 7; Schilling bei Hachenburg, § 35 Anm. 43; Scholz, § 6 Anm. 8.

noch der Gesellschafter gebunden. Der Notgeschäftsführer hat die gleiche Stellung wie ein von den Gesellschaftern ernannter. Er kann aber nicht von der Gesellschafterversammlung abberufen werden. Seine Stellung als Geschäftsführer erlischt in dem Augenblick, in dem der Notstand beseitigt wird. Das Amtsgericht braucht die Bestellung nicht zu widerrufen.⁵²⁾

Für die Wirksamkeit der Bestellung auf Grund irgendeiner dieser Möglichkeiten ist die Eintragung im Handelsregister nicht erforderlich. § 39 hat nur deklaratorische Bedeutung. Konstitutive Wirkung hat eine Eintragung grundsätzlich nur in den Fällen, wo der Gesetzgeber es ausdrücklich bestimmt.⁵³⁾

2. Die Bestellung eines director einer PrC.

Bevor auf die Bestellung der Direktoren im einzelnen eingegangen wird, muß die Zusammensetzung des board of directors näher erklärt werden; denn die Stellung aller Mitglieder des Direktoriums ist nicht mit der der Geschäftsführer einer GmbH zu vergleichen. Der board entspricht in seiner Gesamtheit nicht dem Vorstand einer GmbH oder einer AG. Ursprünglich war er als ein Kollegium gedacht, das die Angelegenheiten der Gesellschaft wahrnehmen sollte, und zwar als Gremium. Alle Entscheidungen konnten nur gemeinsam gefällt werden.⁵⁴⁾ Er leitete seine Handlungsbefugnis aus der Satzung ab, in der er durch die Gesellschafter zur Geschäftsführung ermächtigt worden war. Diese Art der Geschäftsführung ist im modernen Wirtschaftsleben unmöglich geworden. Um eine Entscheidung zu treffen, müßten in der Regel erst alle Mitglieder des board zusammenkommen und den erforderlichen Beschluß fassen. Deshalb überträgt der board die von der Gesellschafterversammlung abgeleitete Geschäftsführungsbefugnis im allgemeinen

52) Scheinmann, S. 16

53) vgl. §§ 11 Abs. 1 und 54 Abs. 3

54) Pennington, S. 393

auf einen oder mehrere Direktoren, die damit zu managing directors werden. Sie allein entsprechen in etwa den Geschäftsführern einer GmbH.⁵⁵⁾ Die übrigen Direktoren legen nur noch die Geschäftsführung der Gesellschaft in groben Umrissen fest und überwachen die Handlungen der geschäftsführenden Direktoren, die innerhalb dieser Grenzen selbständige Entscheidungen treffen. Die Unabhängigkeit von dem board ergibt sich aus folgendem Grund: Nachdem die Geschäftsführungsbefugnis von der Gesellschafterversammlung auf den board übergegangen war, handelte dieser unabhängig und war nicht mehr der Kontrolle der Gesellschafter unterworfen. Die Mustersatzung sieht vor, daß diese Befugnis im gleichen Umfang auf ein Mitglied des Direktoriums übertragen werden kann, art. 109. Die Subdelegation erfolgt im gleichen Umfang wie ursprünglich die Delegation erfolgte. Unter den ordinary directors - wie die übrigen Mitglieder des board bezeichnet werden - befinden sich solche Personen, die ihre Direktorenstellung entweder einer entsprechenden Beteiligung am Gesellschaftskapital verdanken, oder auf Grund ihres Namens im Geschäfts- oder Gesellschaftsleben, der sich besonders für Repräsentationszwecke eignet, in das Kollegium berufen werden. Ihre Funktion entspricht damit etwa der des Aufsichtsrates einer GmbH, der bei einigen Gesellschaften fakultativ, bei anderen obligatorisch zu bestellen ist.

Im Gegensatz zum deutschen Recht, wo von Anfang an die Geschäftsführung auf eine oder einige Personen durch den Gesetzgeber übertragen worden ist, zeichnet sich in England deutlich eine Entwicklung ab, die Angelegenheiten der Gesellschaft im Geschäftsverkehr von einem anfangs großen Gremium auf einen immer kleiner werdenden Personenkreis zu übertragen (Gesellschafterversammlung - board of directors - managing director). Diese Änderung erfolgte nicht aus dogmatischen Gründen, sondern entsprach den praktischen Erfordernissen des Geschäftslebens. Sie läuft parallel mit der Entwicklung des Handels- und Geschäftsverkehrs seit etwa der

55) Auf die Verteilung der Vertretungsmacht zwischen Gesellschafterversammlung, Direktorium und managing director wird später bei der Behandlung der Geschäftsführungsbefugnis näher eingegangen; s.u. § 4, S.49ff

Mitte des 19. Jahrhunderts. Je größer der Personenkreis ist, der eine Gesellschaft in den tagtäglichen Angelegenheiten vertritt, je unbeweglicher wird die Geschäftsleitung. Diese Strukturänderung der englischen Gesellschaften hat sich aus einem praktischen Bedürfnis ergeben.

Da heute der managing director die Rolle übernommen hat, die ursprünglich dem board zugedacht war, wird er neben der Gesellschafterversammlung und dem Direktorenkollegium als drittes Organ der Gesellschaft bezeichnet. Er ist nur faktisches Organ, nicht aber rechtlich unabhängig, da die Geschäftsführungsbefugnis jederzeit durch den board eingeschränkt oder ganz entzogen werden kann.⁵⁶⁾ Im Gegensatz zu den Geschäftsführern einer GmbH, die als Organe durch den Gesetzgeber geschaffen und mit einer gewissen Befugnis ausgestattet worden sind, kannte das englische Gesellschaftsrecht nur die Gesellschafterversammlung als Organ, die durch Delegation ihrer Macht andere Organe geschaffen hat, ohne selbst ihre Eigenschaft als solches zu verlieren.

Neben den ordinary und managing directors schreibt das Gesetz zwingend vor, daß jede Gesellschaft einen secretary haben muß, der nicht gleichzeitig einziger Direktor sein darf, s.177,1. Im Gegensatz zu den Direktoren tritt er nicht nach außen in Erscheinung. Ihm obliegen vielmehr die laufenden Verwaltungsangelegenheiten und die Büroorganisation der Gesellschaft. Er überwacht die Fabrikation, den Ein- und Verkauf und die gesamten Personalangelegenheiten. Die Bücher werden allein von ihm geführt.⁵⁷⁾ Der Geschäftsführer kümmert sich in den seltensten Fällen darum. Die Unterlagen, die jährlich bei der Registerbehörde eingereicht werden, müssen von ihm in Verbindung mit einem Direktor unterzeichnet sein. Ein entsprechendes Amt ist der GmbH unbekannt, da diese Aufgaben entweder von den Geschäftsführern oder einem Notar wahrgenommen werden. Ein Vergleich mit irgendeinem der führenden deutschen Gesellschaftsangestellten ist nicht möglich, da der Sekretär nicht in der Öffentlichkeit in Erscheinung tritt. In einer Ex.PrC ist er neben dem managing director der wichtigste Angestellte der Gesellschaft.⁵⁸⁾ Er führt die

56) Rice, S. 338; Gower, S. 131

57) Barker, S. 141

58) Gower, S. 132; Pennington, S. 415

Entscheidungen der Geschäftsführung aus, nachdem er sie auch vorbereitet hat, und gilt als deren verlängerter Arm.

Eine weitere Sonderstellung nimmt der chairman ein, der zugleich ordinary director ist. Er führt den Vorsitz in der Direktorenversammlung, leitet sie und überwacht ihren Ablauf und die Abstimmungen. Bei Stimmengleichheit soll seine Stimme den Ausschlag geben, arts.98,104. Weitere Sonderrechte stehen ihm nicht zu. Kraft seines Amtes ist er nicht unbedingt an der täglichen Geschäftsführung beteiligt. Seine Stellung entspricht etwa der eines Aufsichtsratsvorsitzenden einer GmbH.

Diese klare Abgrenzung der Befugnisse findet man im allgemeinen nur bei der PuC oder bei einer großen PrC. Besteht eine Gesellschaft nur aus zwei oder drei Gesellschaftern⁵⁹⁾ - wie es bei der Ex.PrC meistens der Fall ist - die alle gleichzeitig an der Geschäftsführung beteiligt sind, vereinigen sich diese Funktionen in wenigen Personen, zumal da von zwei Direktoren einer noch Sekretär sein kann. Bei diesen Gesellschaften wird fast die gleiche Geschäftsverteilung erreicht wie bei einer GmbH mit nur wenigen Gesellschaftern, die gleichzeitig Geschäftsführer sind. Beide Gesellschaften stimmen in dieser Hinsicht überein, wenn sie individualistisch und nicht kapitalistisch ausgestaltet sind.⁶⁰⁾

Unterschiede zur GmbH ergeben sich dagegen hinsichtlich des Zeitpunkts der Bestellung eines Direktors. Bei der Schaffung der Gesellschaft als juristische Person braucht noch kein Direktor und damit auch noch kein managing director bestimmt zu sein. Zur Erlangung der Rechtsfähigkeit ist nur erforderlich, daß ein memorandum of association (eine Gründungs-urkunde) von mindestens zwei Gründern in Gegenwart von Zeugen unterzeichnet wird, s. 3. Dieses memorandum, das stempel-pflichtig ist, wird bei der Registerbehörde eingereicht, die daraufhin das certificate of incorporation (eine Urkunde über die Entstehung einer juristischen Person) ausstellt und die Gesellschaft im Gesellschaftsregister einträgt, s.13,2. Im Gegensatz zur PuC kann die PrC ihre Geschäfte aufnehmen, so-

59) Im Gegensatz zur PuC muß die PrC nur zwei Gesellschafter haben und einen Direktor, die PuC sieben Gesellschafter und zwei Direktoren s.1,1 + s. 176.

60) Die Ex.PrC ist eine individualistisch gestaltete PuC.

bald sie eingetragen ist. Ein zusätzliches trading certificate (Erlaubnis zur Geschäftsaufnahme) ist nicht erforderlich.⁶¹⁾

Im memorandum werden die Direktoren noch nicht aufgeführt - obwohl das rechtlich möglich wäre -, sondern, wenn überhaupt in einem Dokument, in den nachfolgenden articles, die etwa der Satzung einer GmbH entsprechen. Im Gegensatz zum deutschen Recht kann die Gesellschaft schon eigene Rechtspersönlichkeit erworben haben, ohne daß die Geschäftsführung näher geregelt ist. Die Aufgaben, die dem Geschäftsführer einer GmbH in diesem Stadium zufallen, werden hier von den Gründern wahrgenommen.

3. Die verschiedenen Möglichkeiten der Ernennung.

Zu unterscheiden ist zwischen der Ernennung der ersten Direktoren, die man als Gründungsdirektoren bezeichnen kann und den nachfolgenden. Im allgemeinen treffen die articles eine Regelung darüber, wie die ersten Direktoren zu bestimmen sind. Die Ernennung kann auf verschiedene Art erfolgen: Einmal können die Personen namentlich in der Satzung genannt werden. Das dürfte in England der Regelfall sein.⁶²⁾ Für eine spätere Abberufung der Direktoren ist eine Satzungsänderung nicht erforderlich⁶³⁾, da dies jederzeit durch einfachen Beschluß der Hauptversammlung erfolgen kann, s. 184, 1. Andererseits kann in den articles auch vereinbart werden, daß das Recht der Ernennung der Direktoren den Unterzeichnern des memorandums zustehen soll, art. 75. Es kann festgelegt werden, daß dieser Beschluß der Gründer einstimmig oder mit einfacher Mehrheit zu erfolgen hat. Einstimmigkeit bei der Abstimmung ist jedenfalls nicht obligatorisch vom Gesetz vorgegeschrieben, art. 75. Trifft die Satzung darüber keine nähere Regelung, so ist im Zweifel anzunehmen, daß alle Gründer der Ernennung zustimmen müssen.⁶⁴⁾ Im Gegensatz zur PuC braucht bei der Wahl von mehreren Direktoren nicht über jeden einzeln abgestimmt zu werden. Es genügt, wenn die Ernennung der Mitglieder des board durch einen einzigen Beschluß erfolgt, s. 183, 1.

61) Barker, S. 7

62) Palmer, S. 524; Pennington, S. 370

63) a.M.: Baumann, der nicht den Unterschied zwischen Gründungsdirektoren und nachfolgenden macht, S. 111.

64) Pennington, S. 370

Diese beiden Möglichkeiten der Ernennung eines directors gelten grundsätzlich nur für die Gründungsdirektoren⁶⁵⁾, die bei einer PuC regelmäßig nach Ablauf des ersten Geschäftsjahres geschlossen ausscheiden in der Hauptversammlung, art.89. Hieraus geht hervor, daß bei namentlicher Festlegung der Direktoren in der Satzung ein Wechsel in den Personen der Mitglieder des board nicht auch gleichzeitig eine Satzungsänderung erfordert.

In der Satzung werden die ersten Direktoren ermächtigt, die nachfolgenden zu bestimmen. Auch diese Abstimmung kann mit einfacher Mehrheitsentscheidung erfolgen. Obwohl das Gesetz zu der erforderlichen Mehrheit keine Aussage macht, läßt sich dieses Ergebnis aus dem Umstand herleiten, daß die Hauptversammlung die Direktoren jederzeit mit einfacher Mehrheit abberufen kann, ohne für diese Entscheidung irgendwelche Gründe angeben zu müssen, s. 184,1.

Im Gegensatz zum deutschen Recht wird in England also ein Unterschied gemacht zwischen der Ernennung der Gründungsdirektoren und der nachfolgenden. Bei der GmbH werden dagegen die Geschäftsführer durch die Gesellschafter in der Satzung oder durch nachfolgenden Beschluß ernannt. Ein generelles Ausscheiden nach Ablauf des ersten Geschäftsjahres und Neuwahlen in der ersten Hauptversammlung sind nicht üblich. Der Unterschied mag sich daraus erklären lassen, daß bei der GmbH die Trennung von ordinary und managing directors nicht gemacht wird, sondern es nur eine Art von Geschäftsführern gibt. Hier wird die Doppelfunktion des board deutlich: Er übt sowohl Aufsichtsrats- als auch Geschäftsführungsrechte aus. Ein weiterer Grund dafür mag sein, daß die ersten Direktoren einer PrC von den Gründern bestimmt werden, zu denen im Laufe des ersten Geschäftsjahres weitere Gesellschafter hinzukommen, die durch diese Regelung einen Einfluß auf die Geschäftsführung erhalten sollen.

Weiterhin besteht die Möglichkeit, daß die Lücken, die durch das jährliche turnusgemäße Ausscheiden von bestimmten Mitgliedern des board entstehen, art.90, von den übriggebliebenen Direktoren dadurch ausgefüllt werden, daß sie die Nachfolger selbst bestimmen. Diese Regelung dürfte allerdings nicht all-

65) Pennington, S. 370

zu häufig anzutreffen sein, da die Gesellschafter sich damit des Einflusses begeben, den sie auf die Geschäftsführung in dieser Art ausüben können. Im allgemeinen werden auch diese freigewordenen Stellen durch die Gesellschafter besetzt, art.

92. Steht das Ernennungsrecht dagegen dem board zu, und übt er diese Möglichkeit aus irgendeinem Grund nicht aus - z.B. weil man sich auf eine Person nicht einigen kann - dann fällt das Recht ipso iure an die Gesellschafter zurück.⁶⁶⁾

Im Gegensatz zum deutschen Recht gibt es nur eine gesetzliche Ernennungsart, s. 183. Daneben können andere Regelungen getroffen werden, die in jedem Fall in der Satzung festgelegt sein müssen.⁶⁷⁾

Das Recht, die Direktoren zu ernennen, kann durch die Satzung auch auf einen außenstehenden Dritten übertragen werden. Die Einräumung dieser Befugnis an ein einzelnes Mitglied des board ist dagegen nicht möglich, da der board nur als Gremium handeln kann. Dieses Recht müßte auf den einzelnen ordinary director als Gesellschafter, nicht aber als Mitglied des board übertragen werden, mit der Folge, daß es auch dann weiterbesteht, wenn er als Direktor ausscheidet, aber weiterhin Gesellschafter bleibt. Eine Ernennung durch den Aufsichtsrat ist nach englischem Recht nicht möglich, da es dieses Gesellschaftsorgan nicht gibt. Seine Aufgaben werden zum Teil vom Direktorium wahrgenommen. Auch die Ernennung eines Notgeschäftsführers durch ein Gericht ist in England unbekannt. In gewissen Fällen kann zwar ein Richter einen Gesellschafter oder einen Außenstehenden mit der Geschäftsführung der Gesellschaft beauftragen. Dadurch erhält dieser aber nicht die Stellung eines Direktors mit all seinen Rechten und Pflichten.

Mit diesen Ausführungen ist die Ernennung der Geschäftsführer nach englischem Recht noch nicht abschließend behandelt, da im allgemeinen dem board als solchem keine Geschäftsführungsbefugnis mehr zusteht. Sie ist vielmehr auf einen managing director übertragen. Das erfolgt durch eine entsprechende Regelung in den articles in der Form, daß die Geschäftsführungsbefugnis, die ursprünglich durch die Satzung

66) Worcester Corsetry Ltd v. Witting /1936/ Ch. 640, 652.

67) Palmer, S. 525

auf den board übertragen worden war, nun von diesem auf einen oder mehrere managing directors delegiert wird, art. 107. Das Direktorium ist nicht kraft Gesetzes ermächtigt, diese Befugnis auf einen Dritten zu übertragen, da es sich bei ihm selbst um eine abgeleitete Macht handelt.⁶⁸⁾ Für eine Subdelegation ist grundsätzlich eine Ermächtigung durch die Gesellschafter in den articles erforderlich, art. 107. Weiterhin muß in der Satzung vorgesehen sein, wie und mit welchem Stimmenverhältnis die geschäftsführenden Direktoren zu ernennen sind. Meistens wird dabei die Regelung der Mustersatzung übernommen, wonach nur Mitglieder des board, also ordinary directors, zu geschäftsführenden Direktoren ernannt werden können. Die Ernennung einer anderen Person wäre nichtig.

Bei kleineren PrCs., besonders bei der Ex.PrC, bei der der board regelmäßig aus zwei oder drei Direktoren besteht, die gleichzeitig auch Gründer und damit Gesellschafter sind, ernennen diese sich selbst zu managing directors.⁶⁹⁾ Dann handeln sie aber nicht als Mitglieder des Direktoriums, sondern als Gesellschafter und üben eins ihrer Gesellschaftsrechte aus. Unterschiede zu einer PuC oder einer PrC mit vielen Mitgliedern ergeben sich nur dadurch, daß von den gleichen Personen, die verschiedene Ämter der Gesellschaft übernommen haben, verschiedene Funktionen ausgeübt werden. Die Dreiteilung bleibt aber auch hier bestehen, wenn man beachtet, welches Recht der betreffende Direktor gerade ausübt. Die Unterscheidung wird nur nicht mehr nach außen sichtbar. Diese Ämtervereinigung hat eine praktische, nicht unbedeutende Folge: Die Überwachungsfunktion des board entfällt in diesem Augenblick. In der Praxis wird damit das gleiche Ergebnis erreicht wie bei einer kleinen GmbH: Die Geschäftsführer sind absolut unabhängig in ihren Entscheidungen und keiner Kontrolle unterworfen. Nur die Wege, die zu diesem Ergebnis führen, sind verschieden: In England vereinigen sich Geschäftsführung und Aufsicht in einer Person, in Deutschland wird das Aufsichtsorgan erst gar nicht geschaffen, da es vom Gesetzgeber grundsätzlich nicht vorgeschrieben ist.

⁶⁸⁾ Palmer, S. 548

⁶⁹⁾ Sie werden auch governing, permanent oder life directors genannt.

Ein wesentlicherer Unterschied ergibt sich aus der Art der Bestellung. Bei einer PrC erfolgt die Ernennung der eigentlichen Geschäftsführer - der managing directors - stufenweise: Erst werden die Mitglieder des board gewählt, der seinerseits die Geschäftsführung auf eines oder einige seiner Mitglieder überträgt, wozu er allerdings einer Ermächtigung durch die Gesellschafter bedarf. In Deutschland dagegen erfolgt die Bestellung unmittelbar.

4. Die Natur der Ernennung.

Bis jetzt wurde absichtlich auf die Unterscheidung zwischen Be- und Anstellung verzichtet, und dafür der neutrale Begriff der Ernennung gebraucht, da im englischen Gesellschaftsrecht diese Trennung nicht so streng gemacht wird wie in Deutschland, wo in der Bestellung der Geschäftsführer ein Akt der Gesellschaft gesehen wird, durch den diese sich ein Organ schafft. Die Bestellung ist im deutschen Korporationsrecht ein einseitig empfangsbedürftiges, abstraktes Rechtsgeschäft, einseitig deshalb, weil die Organstellung des Geschäftsführers allein durch den Beschluß des Bestellungsorgans erfolgt, abstrakt deshalb, weil durch die Bestellung dem Bestellten noch keine privatrechtlichen Pflichten hinsichtlich der Geschäftsführung auferlegt werden. Dies erfolgt erst in dem nachfolgenden Geschäftsführungsvertrag. Nach h.M. ist zu trennen zwischen dem körperchaftlichen Bestellungsakt und dem Anstellungsvertrag.⁷⁰⁾

Nach englischem Recht ist die reine Bestellung eines Direktors einer PrC auch kein privatrechtlicher Vertrag, da sie durch einseitige Erklärung des zuständigen Organs erfolgt. Verträge dieser Art sind dem englischen Recht unbekannt. Um eine vertragliche Bindung herbeizuführen, ist immer erforderlich, daß beide Parteien sich etwas gewähren. Ein Leistungsaustausch muß erfolgen. Sonst fehlt es an dem Erfordernis der Gegenleistung (consideration). Deshalb sind etwa Leihe oder unentgeltliche Geschäftsbesorgung keine Verträge nach englischem Recht. Die abstrakte Bestellung ist nicht unter eine entsprechende Kategorie von Rechtsgeschäften

70) Enneccerus-Nipperdey, § 109 VI; Coing bei Staudinger, § 27 Anm. 2; Feine, S. 470; Hueck, § 24, IV; Lehmann, § 39, II, 2; BGH in Betrieb 1953, 982.

einzuordnen. So viel läßt sich jedenfalls sagen: Sie ist ein besonderer Akt bei der Gründung oder Organisation der Gesellschaft, wobei das zuständige Organ ein Korporationsrecht (corporate power) ausübt.⁷¹⁾ Ein Dienstvertrag wird weder durch die articles noch durch die nachfolgende Wahl des managing director begründet.⁷²⁾ Dazu ist eine weitere ausdrückliche Vereinbarung der Parteien erforderlich. Auf die Frage, in welchem Zeitpunkt für den ordinary und den managing director Rechte und Pflichten gegenüber der Gesellschaft entstehen, wird bei der Behandlung der Anstellung näher einzugehen sein.

5. Die Qualifikation des Geschäftsführers einer GmbH.

Grundsätzlich können alle natürlichen Personen, gleichgültig, ob sie Gesellschafter oder Dritte sind, zu Geschäftsführern einer GmbH bestellt werden. Umstritten war die Frage, ob auch eine juristische Person dieses Amt übernehmen kann. Die rechtliche Möglichkeit einer solchen Konstruktion ergibt sich aus folgender Überlegung: Die GmbH hat eine eigene Rechtspersönlichkeit, die durch natürliche Personen - die Geschäftsführer - nach außen repräsentiert wird. Als Geschäftsführer könnte also auch eine andere juristische Person fungieren, die ihrerseits selbst durch eine natürliche Person handelt. Dieser käme dann eine doppelte Aufgabe zu: Die Repräsentation der eigenen Gesellschaft und damit gleichzeitig die Vertretung der anderen Gesellschaft. Damit wäre der Organtheorie Genüge getan, die in dem Handeln des Geschäftsführers einer Gesellschaft ein Handeln der Gesellschaft selbst sieht. Sie würde durch eine natürliche Person repräsentiert, wenn auch nur mittelbar über den Umweg des Geschäftsführers einer dritten Gesellschaft.

Aus den Motiven des GmbHG geht nicht hervor, ob der Gesetzgeber diese Möglichkeit ausschließen wollte. Ein Anhaltspunkt für diese Absicht ergibt sich aber aus den Strafvorschriften, §§ 81a - 84, in denen nur natürliche Personen bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen mit Strafe bedroht werden (Ge-

71) Pennington, S. 370

72) Palmer, S. 539

schäftsführer - Liquidatoren). Das ist ein Indiz dafür, daß Geschäftsführer nur natürliche Personen sein sollen. Es wäre widersinnig, wenn beide Möglichkeiten gegeben wären, jedoch nur eine Gruppe mit Strafe bedroht worden wäre. Weiterhin spricht für diese Auffassung die Regelung des AktG, wo in § 76 Abs. 3 AktG ausdrücklich juristische Personen als Vorstandsmitglieder ausgeschlossen sind, und zwar nur deshalb, weil der Gesetzgeber es so gewollt hat. Diese Meinung dürfte heute auch im GmbH-Recht herrschend sein.⁷³⁾

Die Frage, ob der Geschäftsführer voll oder nur beschränkt geschäftsfähig sein muß,⁷⁴⁾ braucht hier nicht behandelt zu werden, da sie für die Rechtsvergleichung bedeutungslos ist; das englische Recht macht keinen Unterschied zwischen beschränkter und voller Geschäftsfähigkeit. Direktoren einer PrC müssen geschäftsfähig sein.

6. Die Qualifikation des Direktors einer PrC.

Genau wie im deutschen Recht wäre es konstruktionsmäßig möglich, daß ein Mitglied des board eine juristische Person ist, z.B. eine andere Gesellschaft des gleichen Produktionszweiges. In der Praxis ist dieser Fall häufig bei Investmentgesellschaften anzutreffen, und zwar aus Gründen der Steuerersparnis. Für die Ex.PrC hat der Gesetzgeber dagegen ausdrücklich vorgeschrieben, daß keine juristische Person zum Direktor einer solchen Gesellschaft bestellt werden kann, weder zum ordinary noch zum managing director, s.129,2c. Das Gesetz geht noch weiter, indem es der Gesellschaft selbst und den Direktoren verbietet, in irgendeiner Form (party or privy) an einem Abkommen beteiligt zu sein, wodurch es möglich sein könnte, daß irgendein anderer als die Direktoren einen Einfluß auf die Geschäftsführung ausüben könnte oder sie gar selbst bestimmen könnte. In dieser Vorschrift kommt eins der wesentlichsten Unterscheidungsmerkmale zur PuC zum Ausdruck: die Ex.PrC ist nicht mehr als Gesellschaftsform

73) Brodmann, § 6 Anm.1b; Schilling bei Hachenburg, § 35 Anm.38; Scheinmann, S.8f; Baumbach-Hueck, §6 Anm. 2c.

74) zu dieser Frage vgl.: Feine, S.472 und Schilling bei Hachenburg, § 35 Anm. 39 mit weiteren Hinweisen.

vorgesehen für den Aufbau von Konzernunternehmen mit weit verzweigter Ober- und Unterbeteiligung der Mutter- und Tochterfirmen. Zwingt man diese Unternehmen, die Form der PuC zu wählen, so geschieht das mit der Absicht, ihre Beteiligungen offen darzulegen. Diese Möglichkeit entfielen, wenn der Konzernaufbau in Form der Ex.PrC möglich wäre. Sie soll eine "Privatgesellschaft" sein. Wird gegen dieses Verbot verstoßen, ist die Bestellung zwar nicht nichtig, sondern hat zur Folge, daß die Gesellschaft ihren Status als Ex.PrC verliert und von jetzt an als Non Ex.PrC behandelt wird.

Das englische Recht ist in dieser Beziehung weit strenger als das deutsche. Es verbietet nicht nur die Beteiligung juristischer Personen an der Geschäftsführung einer Ex.PrC, sondern jedes Gesellschaftsabkommen mit anderen Unternehmen, wodurch diese einen Einfluß auf die Geschäftsführung nehmen könnten. Dies ist in Deutschland nicht nur möglich, sondern auch üblich in Form von Marktaufteilung oder Preisabsprachen der Vorstände einzelner Gesellschaften. Die Nichtigkeit solcher Vereinbarungen kann sich in Deutschland aus dem Kartellrecht ergeben, nicht aber aus dem Gesellschaftsrecht. In England dagegen würde dies als eine Beeinflussung der Geschäftsführung angesehen und wäre aus diesem Grund unzulässig.

Weiterhin stellt das englische Recht bestimmte persönliche Anforderungen an die Mitglieder des board. Hat ein Direktor bei der Gründung oder Geschäftsführung einer Gesellschaft (s.188, 1a), oder bei ihrer Abwicklung (188, 1b) eine strafbare Handlung begangen, wegen der er vom High Court verurteilt worden ist, kann das Gericht beschließen, daß der Betreffende keine neue Stellung als Direktor bekleiden, noch in irgendeiner Form an der Geschäftsführung einer Gesellschaft beteiligt sein darf, ohne die ausdrückliche Erlaubnis des Gerichts zu haben. Diese Einschränkung kann ihm bis zu einem Zeitpunkt von 5 Jahren nach freiem Ermessen des Gerichts auferlegt werden. Wird diesem Verbot zuwider gehandelt, kann eine Gefängnisstrafe bis zu 2 Jahren verhängt werden, s.188,6, oder eine Geldstrafe bis zu £ 500.

Diese Vorschrift geht weiter als die allgemeinen Berufsverbote des StGB. Sie sind im englischen Gesellschaftsrecht niedergelegt und werden regelmäßig bei Vorliegen der Voraussetzungen ausgesprochen, auch bei kleineren Vergehen. Berufsverbote dagegen werden in Deutschland nur dann verhängt, wenn die Geschäftsführer schwere Delikte, wie z.B. Unterschlagung oder Untreue begangen haben. In England können sie dagegen schon dann verhängt werden, wenn der Direktor die Geschäftsbücher in den beiden letzten Jahren vor Konkurseröffnung nachlässig oder überhaupt nicht geführt hat, s.331. Dieses Unterlassen braucht nicht einmal vorsätzlich erfolgt zu sein, Fahrlässigkeit genügt.

An die charakterlichen und persönlichen Eigenschaften eines Direktors einer Ex.PrC werden also höhere Anforderungen gestellt, als an seinen deutschen Kollegen.

§ 3: Die Anstellung des Geschäftsführers (Anstellungsvertrag).

1. Die Anstellung des Geschäftsführers einer GmbH.

Durch die abstrakte Bestellung werden dem Geschäftsführer noch keine privatrechtlichen Pflichten gegenüber der Gesellschaft auferlegt. Das erfolgt in einem zusätzlich abgeschlossenen schuldrechtlichen Vertrag, in dem die Rechte sowohl des Geschäftsführers als auch der Gesellschaft vereinbart werden.

Dieser Vertrag ist entweder ein Auftrag oder ein Dienstvertrag. Entscheidend dafür ist, ob die Geschäftsführerstellung unentgeltlich oder entgeltlich übernommen worden ist. Wird für geleistete Dienste keine Vergütung gezahlt, liegt ein Auftrag vor, auf den die §§ 662 ff BGB anzuwenden sind. Für den Dienstvertrag gelten die §§ 611 ff BGB. Da er weiterhin eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, finden gemäß § 675 BGB die §§ 663, 665 - 670, 672 - 674 BGB Anwendung.

Wenn auch Be- und Anstellung des Geschäftsführers in vielen Fällen gleichzeitig erfolgen, so ist dennoch zwischen dem organisatorischen Akt und dem Abschluß des schuldrechtlichen Vertrages zu unterscheiden.⁷⁵⁾ Rein äußerlich ist das daran erkennbar, daß neben der Bestellung im Gesellschaftsvertrag mit dem Geschäftsführer noch ein gesonderter Anstellungsvertrag geschlossen wird, in dem Regelungen über Gehalt, Kündigung, Wettbewerbsverbot und Ruhestandsbezüge getroffen werden.

75) BGH LM Nr. 3 zu § 46 GmbHG und Nr. 5 zu § 75 AktG

Aus dieser Unterscheidung folgt, daß die Dauer der Organstellung und des Anstellungsverhältnisses zeitlich verschieden sein kann, wenn auch im Zweifel anzunehmen ist, daß der Wegfall der Bestellung gleichzeitig eine Kündigung des Anstellungsvertrages bewirkt.⁷⁶⁾ Das ist eine Frage der Vertragsauslegung. Gerade hier wird die Problematik sichtbar: der Geschäftsführer kann die Gesellschaft als deren Organ noch gegenüber einem Dritten verpflichten, nachdem ihm die Geschäftsführungsbefugnis entzogen worden ist, die Bestellung aber noch nicht widerrufen worden ist. Das ergibt sich aus § 38 Abs. I, wonach der Widerruf der Bestellung auf die vertraglichen Beziehungen keinen Einfluß hat. Trotz eines wirksamen Widerrufs kann die vertraglich vereinbarte Vergütung weiterlaufen.⁷⁷⁾

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß durch die Bestellung dem Geschäftsführer seine Organstellung verliehen wird, während der Anstellungsvertrag die schuldrechtlichen Beziehungen zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft regelt. Beide Merkmale zusammen machen die Stellung des Geschäftsführers aus.

2. Die Anstellung des managing director.

Die einzelnen Mitglieder des board schließen im allgemeinen einen Dienstvertrag (contract of service) mit der Gesellschaft ab, obwohl dies nicht erforderlich ist, um den Inhalt der Stellung zu konkretisieren. Die einzelnen Rechte und Pflichten ergeben sich aus der Ernennung zum Direktor. Sie sind Inhalt der Stellung. Dazu gehört nicht die Vergütung für geleistete Dienste. Diese wird von Zeit zu Zeit durch die Gesellschafter in der Hauptversammlung festgelegt, art. 76. Inhalt der Direktorenstellung ist lediglich die Festlegung der Generallinien der Geschäftsführung und die Überwachung des managing directors.⁷⁸⁾ Diese Rechte sind mit der Ernennung zum ordinary director untrennbar verbunden, sie machen

76) BGH LM Nr. 3 zu § 46 GmbHG

77) Die Interpretation des § 38 Abs.1 (§ 38 Anm.1a) durch Brodmann ist deshalb nicht zutreffend, weil es sich bei den "Entschädigungsansprüchen" nicht um Schadensersatzansprüche aus dem Dienstvertrag, sondern um Erfüllungsansprüche handelt.

78) Barker, S. 126 f.

einen Teil dieser Stellung aus. Eine weitergehende vertragliche Vereinbarung ist weder erforderlich noch üblich.

Wird ein Mitglied des board zum managing director ernannt, wird regelmäßig zwischen ihm und der Gesellschaft, vertreten durch das Direktorium, ein besonderer Dienstvertrag abgeschlossen.⁷⁹⁾ Durch diesen Vertrag werden dem eigentlichen Geschäftsführer aber nicht die Rechte und Pflichten übertragen, die das tägliche Geschäftsleben der Gesellschaft mit sich bringt. Dies erfolgt schon durch die Bestellung. Insoweit ergibt sich kein Unterschied zum ordinary director. In dem Dienstvertrag werden nur solche Regelungen getroffen, die über den gesetzlichen Inhalt dieser Stellung hinausgehen. Sie betreffen z.B. Fragen der Dienstzeit, die Kündigungsfristen, die Höhe des Gehaltes und Wettbewerbsverbote.⁸⁰⁾ Das Recht und die Pflicht, die tagtäglichen Geschäfte der Gesellschaft zu führen, ergibt sich unmittelbar aus der Wahl durch den board. Entscheidende Bedeutung kommt dem Dienstvertrag erst dann zu, wenn nach der Abberufung sich die Frage ergibt, ob der Geschäftsführer von der Gesellschaft Schadensersatz verlangen kann.⁸¹⁾

Die Gesellschaft als juristische Person wird bei Vertragsabschluß durch den board vertreten, der in diesem Fall nicht als Organ, sondern als Vertreter angesehen wird. Bei der Ernennung handelt es sich um eine Handlung innerhalb des Geschäftsbereiches der Gesellschaft, falls dies in den articles vorgesehen ist. Für zum Schadensersatz verpflichtende Handlungen, die bei dieser Gelegenheit einem Dritten zugefügt werden, haftet die Gesellschaft nach common law in jedem Fall. Deshalb findet die Organtheorie, die im englischen Recht noch eine Hilfskonstruktion zur Verhinderung von unbilligen Ergebnissen ist, hier keine Anwendung.

Im Gegensatz zum deutschen Recht kann dieser Vertrag nicht in Form eines Auftrages erfolgen. Ein Dienstvertrag ohne eine Vergütung ist nichtig, da es am Erfordernis der Gegenleistung fehlt (consideration). Es ist immer ein gegenseitiger Leistungsaustausch erforderlich.

79) Pennington, S. 398

80) Barker, S.135 f. Das Muster eines solchen Anstellungsvertrages ist bei Barker, S.137-140 abgedruckt (service agreement).

81) s.u. § 8,4 S.144 ff.

Im englischen Recht wird also nicht die strenge Trennung zwischen Be- und Anstellung gemacht. Die Rechte und Pflichten sowohl des ordinary als auch des managing director werden durch die Ernennung begründet. Eine zusätzliche Vereinbarung in Form eines Dienstvertrages ist nicht erforderlich und hat keinen Einfluß auf den Inhalt der Stellung. Sie gewinnt nur dann Bedeutung, wenn das Verhältnis Gesellschaft - managing director näher konkretisiert werden, wenn der gesetzliche Rahmen überschritten werden soll. Dem englischen Recht ist schon der begriffliche Unterschied zwischen Be- und Anstellung unbekannt. Beides wird als appointment bezeichnet. Die englische Regelung entspricht der Meinung von Schilling, der auch im deutschen Gesellschaftsrecht die Trennung von abstraktem und kausalem Rechtsgeschäft verneint.⁸²⁾ Nach dieser Lehre bilden Be- und Anstellung einen gemeinsamen Geschäftsführungsvertrag.

3. Das Stimmrecht des Gesellschafter-Geschäftsführers bei seiner Be- und Anstellung.

Gem. § 47 Abs.4 S.2 ist der Gesellschafter daran gehindert, bei einem Beschluß mitzustimmen, der ein Rechtsgeschäft zwischen ihm und der Gesellschaft betrifft. Rechtsprechung und Lehre sind sich heute darüber einig, daß diese Vorschrift nicht anzuwenden ist, wenn es sich um das Stimmrecht eines Gesellschafters bei seiner Bestellung zum Geschäftsführer handelt.⁸³⁾

Durch § 47 Abs.4 S.2 soll eine Interessenkollision vermieden werden, die sich aus der Doppelstellung des Gesellschafters als Mitglied der Gesellschaft und zugleich als deren Vertragspartner ergeben könnte. Diese Vorschrift dient dem Schutz der Gesellschaft. Der zu wählende Gesellschafter mag zwar bei seiner Stimmabgabe auch an seine persönlichen Interessen denken. Diese decken sich aber mit denen der Ge-

82) bei Hachenburg, § 35 Anm. 40, 44

83) Aus der Rspr.: RGZ 60, 172, 173 hinsichtlich der Wahl zum Aufsichtsrat einer AG; RGZ 74, 276, 278; RG in JW 1917, 165 mit Anmerkung von Hachenburg; BGHZ 18, 205, 210. Aus der Literatur: Brodmann, § 38 Anm. 2b; Feine, S. 481; Scheinmann, S.22 ff; Schilling bei Hachenburg, § 47 Anm. 22; Molitor, S. 10 ff; Sudhoff, S. 52.

sellschaft und lassen sich am besten dann wahrnehmen, wenn er gleichzeitig in demselben Maße diejenigen der Gesellschaft wahrnimmt. Die persönlichen Interessen kommen damit indirekt denen der Gesellschaft zugute. Ein Schutz der Gesellschaft ist in diesem Fall nicht erforderlich.

Die gleiche Regelung gilt für die Anstellung. Das ergibt sich aus folgender Überlegung: Würde das Stimmrecht bei der Bestellung gewährt, bei der Anstellung dagegen verneint, könnte das zur Folge haben, daß die Minderheit der Gesellschafter dem Geschäftsführer, der mit Hilfe seiner eigenen Stimme diese Stellung erworben hat, eine äußerst geringe Vergütung bewilligt oder sie ganz ausschließt. Damit würde es dem neu ernannten Geschäftsführer in den meisten Fällen unmöglich gemacht, sein Amt auszuüben. Kann ein Gesellschafter bei seiner eigenen Wahl zum Geschäftsführer mitstimmen, ergibt sich daraus zwangsläufig, daß ihm dieses Recht auch bei der Gestaltung des Anstellungsverhältnisses gewährt werden muß.

Die Ausübung des Stimmrechts in diesem Fall findet da ihre Grenzen, wo sie im Widerspruch zu den allgemeinen Bestimmungen des BGB steht, z.B.: ein Gesellschafter - Geschäftsführer würde sich auf Grund seiner Stimme ein unverhältnismäßig hohes Gehalt verschaffen. Das Mitstimmen würde in diesem Fall gegen § 138 BGB verstoßen. Das gleiche muß gelten, wenn das Stimmrecht nur ausgeübt wird, um der Gesellschaft einen Schaden zuzufügen, oder wenn dadurch die Minderheit durch die Mehrheit ausgenutzt werden soll.⁸⁴⁾ Der Ausschluß ist allerdings immer nur im einzelnen, konkreten Fall feststellbar. Positiv ausgedrückt ist das Mitstimmen bei organisatorischen Akten immer dann zulässig, wenn es sowohl zum Wohl der Gesellschaft als auch aller Gesellschafter erfolgt.

84) Zu dem Verbot der Ausnutzung der Minderheit durch die Mehrheit vgl. RGZ 132, 149, 163. Diese Grundsätze, die für die AG entwickelt wurden, gelten auch für die GmbH.

4. Das Stimmrecht des Direktors einer PrC bei seiner Ernennung.

Der Companies Act von 1948 kennt keine dem § 47 Abs. 4, S. 2 entsprechende Vorschrift. Die Gesellschafter können ihr Stimmrecht grundsätzlich frei ausüben. Im Gegensatz zum deutschen Recht wird es nicht als ein Mitgliedschaftsrecht besonderer Art angesehen, sondern als ein reines Vermögensrecht.⁸⁵⁾ In allen Fragen der Gesellschaft, die durch die Gesellschafter entschieden werden, dürfen sie mitabstimmen unter der Voraussetzung, daß ihre Aktien stimmberechtigt sind.⁸⁶⁾ Eine Beschränkung des Stimmrechts der einzelnen Gesellschafter in eigenen Angelegenheiten kann nur dadurch herbeigeführt werden, daß die Art der Beschränkung in den articles festgelegt wird, oder daß die Direktoren durch die Satzung ermächtigt werden, gewisse Einschränkungen vorzunehmen.⁸⁷⁾ Ist solch eine Beschränkung nicht erfolgt, kann ein Gesellschafter, der in der Hauptversammlung als Direktor kandidiert, bei seiner Wahl ohne weiteres mitstimmen.

Die Rechtslage bei der Wahl eines ordinary zum managing director ist grundsätzlich die gleiche. Nur treffen die articles meistens eine spezielle Regelung für diesen Fall, art. 84,4, wonach ein Stimmrecht bei der eigenen Ernennung versagt wird. In diesem Fall übt der Direktor nicht ein Recht aus, das ihm als Gesellschafter zusteht, sondern als Mitglied des board, dessen Aufgabe es ist, den managing director zu bestellen. Das bedeutet keine Einschränkung des Stimmrechts, das ihm auf Grund seiner Direktorenstellung zusteht; denn diese berechtigt ihn nur, die ordinary directors mitzuernennen.

Damit ergibt sich folgender Unterschied zum deutschen Recht. Ein Gesellschafter, der ordinary director ist, kann grundsätzlich in allen Angelegenheiten der Gesellschaft mit-

85) Palmer, S. 473

86) In der Praxis kommt es viel häufiger als in Deutschland vor, daß Vorzugsaktien (preference shares) ohne Stimmrecht ausgegeben werden.

87) Pennington, S. 434/435.

stimmen. Eine Beschränkung des Stimmrechts in eigenen Angelegenheiten, wie das GmbHG sie in § 47 Abs.4 S. 2 vorsieht, besteht nicht.

Um in Deutschland zum gleichen Ergebnis zu kommen - die Nichtanwendung des § 47 Abs.4 S.2 bei der Be- und Anstellung eines Gesellschafters zum Geschäftsführer - werden verschiedene Möglichkeiten aufgezeigt. Einig ist man sich darüber, daß in der Bestellung des Geschäftsführers ein Rechtsgeschäft zu sehen ist, gleichgültig, ob man von einer einseitigen, empfangsbedürftigen Willenserklärung oder von einem Vertrag ausgeht.

Nicht haltbar scheint die Begründung von Scheinmann zu sein, daß die Bestellung zwar ein Rechtsgeschäft wie jedes andere ist und der Gesellschafter dabei im Verhältnis zur Gesellschaft wie ein Dritter behandelt wird.⁸⁸⁾ Der Organisationsakt, der wesentlicher Bestandteil der Bestellung ist, soll dabei ohne Bedeutung sein. § 47 Abs.4, S.2 sei aus rein praktischen Gründen nicht anwendbar, da er zu untragbaren Ergebnissen führe. Die Anwendung eines Rechtsatzes müsse aber da aufhören, wo sie zu unerquicklichen, mit dem Rechtsempfinden unvereinbaren Ergebnissen führe.⁸⁹⁾ Diese Argumentation ist deshalb abzulehnen, weil sie vom Ergebnis ausgeht und sagt, die Vorschrift sei wegen einer unbilligen Folge in diesem Fall nicht anwendbar. Damit wäre dem Richter die Möglichkeit gegeben, nach eigenem Ermessen ein Gesetz anzuwenden oder nicht. Geltendes Recht wäre durch Richterspruch abänderbar. Jeder Richter könnte eine konkrete Normenkontrolle durchführen.

Rechtlich möglich ist dagegen eine sinnvolle Interpretation der betreffenden Vorschrift, deren Anwendung dadurch nicht ausgeschlossen wird. Bei der Bestellung eines Geschäftsführers handelt es sich nicht um ein Rechtsgeschäft im gewöhnlichen Sinn, sondern um ein Geschäft, durch das ein Gesellschaftsorgan geschaffen werden soll. Stimmt der Gesellschafter in diesem Fall mit, handelt es sich um einen Akt

88) Scheinmann, S. 22

89) Ibid., S. 23

der Mitverwaltung, also um einen gesellschaftsrechtlichen Akt.⁹⁰⁾

Als Begründung läßt sich weiterhin anführen, daß die Anwendung des § 47 Abs.4 S.2 bei der Wahl eines Gesellschafters zum Geschäftsführer dem Prinzip der Kapitalgesellschaften zuwiderlaufen würde, wonach sich das Stimmrecht nach der finanziellen Beteiligung richtet. Das würde bedeuten, daß Gesellschafter, die die Mehrheit der Geschäftsanteile besitzen und damit das größte persönliche Interesse an einem erfolgreichen Geschäftsablauf haben, kein Stimmrecht hätten, wenn es um die innere Organisation ihrer Gesellschaft ginge. Sie müßten auf eine eigene Kandidatur verzichten, auch wenn sie die absolute Mehrheit am Gesellschaftskapital besitzen würden. In diesem nicht unwichtigen Fall wäre die Mehrheit der Minderheitsentscheidung unterworfen. Das Ergebnis bei einer Einmann-GmbH sähe so aus, daß sich der einzige Gesellschafter nicht selbst zum Geschäftsführer bestellen könnte.⁹¹⁾ Diese Begründung geht nicht - wie Scheinmann - vom Ergebnis aus, sondern von der Überlegung, daß die Mehrheit der Kapitalinhaber auch die Entscheidung über die Organisation der Gesellschaft treffen soll. Die Anwendung eines Rechtssatzes wird nicht ausgeschlossen, sondern dieser interpretiert.

Das in England nicht durch Gesetz beschränkte Stimmrecht des Gesellschafters wird aber in der Praxis dadurch eingeschränkt - damit erfährt die Regelung im Vergleich zur GmbH eine Verschärfung - daß man regelmäßig dem Gesellschafter, der schon ordinary director ist, verbietet, bei der Wahl zum eigentlichen Geschäftsführer mitzustimmen. Der Grund dafür besteht darin, daß es sich um die Ausübung zweier verschiedener Rechte handelt.

Dieser Gedanke ist dem deutschen Recht unbekannt, weil

90) BGHZ 18, 205, 210; Baumbach-Hueck, § 47 Anm. 5 B; Vogel, § 47 Anm. 6,3

91) Molitor, S. 11

es die Dreiteilung von Gesellschafter, ordinary und managing director nicht gibt.

Eine Einschränkung des Stimmrechts bei der eigenen Wahl läßt sich auch nicht aus dem allgemeinen Gesichtspunkt der Interessenkollision und damit dem Schutz der Gesellschaft herleiten. Dem einzelnen Gesellschafter obliegt weder eine Treupflicht gegenüber der Gesellschaft noch den Mitgesellschaftern.⁹²⁾ Der Gesellschafter darf seine eigenen Interessen über die der Gesellschaft stellen.⁹³⁾ Eine Grenze bei der Ausübung des Stimmrechts ergibt sich - im Gegensatz zum deutschen Recht - dann nicht, wenn eine Mehrheit zum Nachteil der Gesellschaft oder der Minderheit der Gesellschafter handelt. Die Stimmabgabe ist natürlich dann unzulässig, wenn sie erfolgt, um eine strafbare Handlung zu ermöglichen, oder einen Beschluß zu fassen, der auf Grund des memorandums oder der articles in dieser Form nicht gefaßt werden darf.⁹⁴⁾

Um bei einer PrC, die aus nur zwei Gesellschaftern besteht, die beide zu gleichen Teilen am Stammkapital beteiligt sind, zu verhindern, daß keine Mehrheitsentscheidung bei der Bestellung eines Geschäftsführers getroffen werden kann, sieht die Mustersatzung vor, daß ein chairman bestellt wird, dessen Stimme bei Stimmgleichheit den Ausschlag gibt, art. 60. Dieser chairman kann auf eine bestimmte Zeit bestellt werden oder auch nur für eine Gesellschafterversammlung. Da erfahrungsgemäß bei einer kleinen PrC mit wenigen Gesellschaftern oft persönliche Interessen entscheidend sind, wird festgelegt, daß der chairman für eine längere Zeit gewählt wird, um eine gewisse Kontinuität in der Geschäftsführung zu gewähren. In Deutschland wird das gleiche Ergebnis dadurch erreicht, daß einem Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag das Recht der Bestellung der Geschäftsführer als Sonderrecht - diese Möglichkeit ist in England nicht bekannt - eingeräumt wird, oder daß der Geschäftsführer von einem Nichtgesellschafter bestellt wird.

92) Philipps v. Manufacturers Security, Ltd. (1917) 86 L.J.Ch. 305, 311

93) Carruth v. Imperial Chemical Industries, Ltd. / 1937/ 2, All E.R. 422, 458

94) Palmer, S. 474; Pennington, S. 435

§ 4: Die Vertretungsbefugnis.

1. Die Vertretung der GmbH durch den Geschäftsführer.

Die GmbH muß einen oder mehrere Geschäftsführer haben, da sie als juristische Person nicht selbst handeln kann. Der Geschäftsführer ist notwendiges Organ, § 6 Abs.1, da die Gesellschaft nach außen ihren Willen durch Willenserklärungen ihrer Organe kundtut. Durch diese Willenserklärungen wird die Gesellschaft berechtigt und verpflichtet, wenn der Geschäftsführer innerhalb seiner Vertretungsmacht handelt. Handlungen innerhalb dieser Vertretungsmacht gelten dann als Handlungen der Gesellschaft selbst, da der Geschäftsführer als Willensorgan ein Teil der Gesellschaft ist. Er persönlich wird weder berechtigt noch verpflichtet.

Diese Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers im Rechtsverkehr mit Dritten ist unbeschränkt und unbeschränkbar, § 37 Abs. II. Werden Beschränkungen vereinbart, haben sie keine Wirkung gegenüber Dritten. Die Vertretungsmacht umfaßt den gesamten Rechtsverkehr nach außen. Sie geht so weit wie die Handlungsmacht der GmbH als juristische Person. Sie wird weder durch den Zweck noch durch den Gegenstand des Unternehmens beschränkt.⁹⁵⁾ Auch gesellschaftsfremde Rechtsgeschäfte können mit einem Dritten ohne weitere Ermächtigung abgeschlossen werden. Die Vertretungsmacht bezieht sich auf alle Rechtshandlungen⁹⁶⁾, sowohl auf die gerichtlichen als auch außergerichtlichen Angelegenheiten. Die Bestellung als Geschäftsführer für eine bestimmte Dauer ist unzulässig und daher ohne Bedeutung, da die Vertretungsfunktion nicht durch Zeitablauf beendet werden kann, sondern nur durch einen Widerruf.⁹⁷⁾ Als Organ der Gesellschaft schließt der Geschäftsführer Verträge mit Dritten ab und ist für die Abgabe und den Empfang privatrechtlicher Erklärungen zuständig.

95) RGZ 145, 249

96) Schilling bei Hachenburg, § 37 Anm. 6

97) RGZ 140, 314, 315 f.

Die unbeschränkte Vertretungsmacht des Geschäftsführers bezieht sich nur auf die individualrechtlichen Beziehungen der Gesellschaft zu Dritten, nicht auf Akte gesellschaftsrechtlicher Art.⁹⁸⁾ Diese Rechte sind auf die einzelnen Organe kraft Gesetzes verteilt.⁹⁹⁾

2. Die Vertretungsbefugnis nach englischem Recht.

Bevor die Vertretungsbefugnis der Direktoren einer PrC behandelt werden kann, muß geprüft werden, inwieweit die Gesellschaft als juristische Person sich selbst vertraglich binden kann.

Jedes memorandum einer Gesellschaft muß eine Aussage über den Zweck und den Umfang des Geschäftsbereichs machen, in dem die Gesellschaft sich betätigen will (objects of the company) s.2,1c. Über diese Grenze hinausgehende Handlungen sind nichtig. Mit dieser Regelung soll ein doppelter Schutz erreicht werden: Die Gesellschafter, die ihr Kapital in die Gesellschaft einbringen, sollen sicher sein, daß es nur für den Zweck verwendet wird, der im memorandum vorgesehen ist. Wie Gower es ausdrückt, soll das einzelne Mitglied davor geschützt werden, daß eine Gesellschaft, die gegründet worden ist, um Goldminen zu betreiben, sich plötzlich im Fischhandel betätigt.¹⁰⁰⁾ Ferner sollen die Gläubiger der Gesellschaft sicher sein, daß das Gesellschaftskapital, aus dem sie Befriedigung verlangen können, nicht für andere Zwecke entfremdet wird und dadurch ihre Rechte gefährdet werden.¹⁰¹⁾

Dieser Rechtssatz - ultra vires doctrine¹⁰²⁾ - der besagt, daß alle Handlungen, die die Gesellschaft außerhalb ihres Geschäftsbereichs vornimmt, nichtig sind, ist weder im Companies Act von 1948, noch in einem früheren Gesetz schriftlich nie-

98) Die Fragen, die sich im Zusammenhang mit der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht hinsichtlich des § 46 S.7 ergeben (Bestellung von Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten), brauchen hier nicht erörtert zu werden, da diese Begriffe dem englischen Recht unbekannt sind. Zu diesen Fragen im deutschen Recht vgl.: Schilling bei Hachenburg, § 46 Anm. 33; Scheinmann, S. 29,30.

99) vgl. §§ 19, 34

100) S. 82

101) Gower, S. 78

102) in deutsch: "über die Kräfte hinausgehend".

dergelegt. Es ist ein alter Rechtsgrundsatz des common law, dessen Ursprung darin gesehen wird, daß das Parlament, durch dessen Akte früher die Gesellschaften ihre Rechtspersönlichkeit erhielten, durch die ultra vires doctrine eine Kontrolle über die Tätigkeit der juristischen Person ausübte. Die Gesellschaften sollten keine größere Macht haben, als ihnen von der Legislative zugestanden worden war.¹⁰³⁾ Der Schutzgedanke der Gesellschafter und der Gläubiger stand noch nicht im Vordergrund.

Als die ersten Gesellschaften, deren Haftung auf das Gesellschaftskapital beschränkt war, begründet wurden, ergab sich für die Richter die Frage, ob die ultra-vires Lehre auch auf diese neue Gesellschaftsform Anwendung finden sollte¹⁰⁴⁾, oder ob die companies limited by shares den partnerships gleichgestellt werden sollten, deren Handlungsfreiheit nicht beschränkt ist. Die Rechtsprechung entschied sich für eine Beschränkung.

Die moderne Entwicklung der ultra-vires Lehre bis zu ihrem heutigen Stand soll an einigen bekannten Fällen, die von englischen Gerichten entschieden worden sind, dargestellt werden.

Im Fall Ashbury Railway Carriage Co. v. Riche¹⁰⁵⁾ stand folgender Sachverhalt zur Entscheidung: Als Geschäftszweck der Gesellschaft wurde Maschinenbau und Maschinenhandel (mechanical engineers and general contractors) im memorandum angegeben. Die Gesellschaft beteiligte sich später an der Finanzierung einer Eisenbahnstrecke. Die Richter des House of Lords hatten nun zu entscheiden, ob diese Handlung ultra-vires und damit nichtig sei, oder ob sie zum Geschäftsbereich der Gesellschaft gehöre. Zuerst wurde die Anwendung dieser Lehre auf Korporationen bejaht.¹⁰⁶⁾ Alles, was über den im memorandum ausdrücklich festgelegten Geschäftsbereich gehe, sei ultra-vires und damit nichtig.¹⁰⁷⁾ Diese sehr strenge Interpretation der Lehre, nach der nur intra vires

103) Palmer, S. 77

104) Näher auf die Entwicklungsgeschichte der Lehre eingehend: Gower, S. 78 ff.

105) (1875) 7 H.L. 653

106) Ibid., S. 668

107) Ibid., S. 669

ist, was ausdrücklich im memorandum erwähnt ist, wurde kurze Zeit später in einer anderen Entscheidung dahingehend geändert, daß alle Handlungen wirksam sind, die ausdrücklich zum Geschäftsbereich gehören, und weiter diejenigen, die bei vernünftiger Auslegung des memorandums konkludent dazu gerechnet werden können oder sich als Folge der Geschäftsführung ergeben können.¹⁰⁸⁾ Damit standen sich zwei Auslegungsmöglichkeiten gegenüber: einerseits, alles, was nicht ausdrücklich erlaubt ist, ist verboten, andererseits, alles ist erlaubt, was erfahrungsgemäß zum Geschäftsbereich der Gesellschaft gehört, auch wenn es nicht ausdrücklich im memorandum erwähnt ist. Die moderne Rechtsprechung hat sich der letzteren Auffassung angeschlossen.¹⁰⁹⁾ Heute ist es Aufgabe des Richters, zu entscheiden, ob das betreffende Geschäft noch in den Handlungsbereich der Gesellschaft gehört, oder ob es ultra vires ist. Weil es sich um eine Tat- und nicht um eine Rechtsfrage handelt, ist eine gewisse Unsicherheit in der Rechtsprechung entstanden, da der Richter nach eigenem Ermessen entscheidet, welche Handlungen nichtig oder wirksam sind. Dieses mag anhand einiger Beispiele aus der Rechtsprechung klar werden.

Als ultra vires Handlungen wurden bezeichnet:

- a) Eine Eisenbahngesellschaft betrieb Kohlengruben und verkaufte den Förderungsüberschuß mit Gewinn an Dritte.¹¹⁰⁾
- b) Eine Gesellschaft bezahlte die Prozeßkosten für einen ihrer Direktoren, der eine Beleidigung verfolgte, die nicht im Zusammenhang mit Gesellschaftsangelegenheiten erfolgt war.¹¹¹⁾
- c) Eine PrC hatte 5 Jahre nach dem Tod eines managing directors dessen Witwe eine jährliche Pension zugesprochen, die nicht im Anstellungsvertrag vorgesehen war.¹¹²⁾

Als Handlungen, die nicht über den Geschäftsbereich hinausgehen und damit intra vires sind, wurden angesehen:

- 108) Attorney General v. Great Eastern Railway (1880) 5 App. Cas. 473, 478 f.
- 109) Charles Roberts & Co. Ltd. v. British Railways Board /1965/ 1 W.L.R. 396, 401.
- 110) Attorney General v. Great Northern Railway (1860) 1 Dr. & Sm. 154.
- 111) Studdert v. Grosvenor (1886) 33 Ch.D. 528
- 112) Re Lee, Behrens & Co. /1932/ 2 Ch. 46

- a) Eine Gesellschaft, die Kohlengruben betrieb, verkaufte von Zeit zu Zeit Landbesitz, wenn dies zur Finanzierung des Betriebes erforderlich war.¹¹³⁾
- b) Eine Gesellschaft, die Chemikalien herstellte, unterstützte finanziell chemische Forschungsprojekte.¹¹⁴⁾
- c) Eine Hotelgesellschaft überließ zeitweilig Zimmer, die nicht belegt waren, einem Unternehmen zur gewerblichen Nutzung.¹¹⁵⁾

Eine nachträgliche Heilung einer ultra vires Handlung durch Genehmigung ist nicht möglich, selbst wenn alle Gesellschafter dem Rechtsgeschäft zustimmen. Weder die Gesellschaft noch der Vertragspartner können aus einem solchen Handeln Rechtsfolgen ableiten. Dieses Ergebnis mag für den mit der Gesellschaft kontrahierenden Dritten unbillig erscheinen. Es läßt sich aber damit rechtfertigen, daß das memorandum eine öffentliche Urkunde ist, die jederzeit bei der Registerstelle oder am Sitz der Gesellschaft eingesehen werden kann. Es empfiehlt sich daher, vor Vertragsabschluß das memorandum zu überprüfen und anhand der object-clause sich zu vergewissern, ob die Gesellschaft überhaupt fähig ist, ein solches Geschäft abzuschließen.

Da die ultra vires Lehre so viele Nach- wie Vorteile mit sich bringt (z.B.: ein Dritter gewährt der Gesellschaft ein Darlehen, die Gesellschaft ihrerseits ist aber nicht befugt, Darlehen aufzunehmen), hat in jüngster Zeit eine immer stärker werdende Kritik an der Anwendung dieses Rechtsprinzips eingesetzt, zumal es in der Praxis oft dadurch umgangen wird, daß der Geschäftsbereich im memorandum durch allgemeine Klauseln so weit gefaßt wird, daß fast alle nur denkbaren Rechtsgeschäfte darunter fallen. Das widerspricht der Vorstellung des Gesetzgebers, der die object clause in einer Mustergründungsurkunde so kurz wie möglich gefaßt hat.¹¹⁶⁾ Ein Versuch der Gerichte, diese weite Ausdehnung dadurch einzuschränken,

113) Re Kingsbury Collieries Ltd. and Moore' Contract/1907/ 2 Ch. 259

114) Evans v. Brunner, Mond & Co. /1921/ 1 Ch. 359

115) Simpson v. Westminster Palace Hotel Co. (1860) 8 H.L.C. 712.

Diese Beispiele wurden der Aufzählung bei Palmer S. 83-86 entnommen.

116) siehe Companies Act von 1948 Table B 3 rd.

daß der Hauptgeschäftszweck (main object) nur in wenigen Sätzen anzugeben ist¹¹⁷⁾, wurde in der Praxis durch den Zusatz vereitelt, daß jede im memorandum angegebene Geschäftsart von der anderen unabhängig ist und nicht als nähere Umschreibung des Hauptgeschäftsgegenstandes anzusehen ist.¹¹⁸⁾

Ferner kann der ursprüngliche Geschäftsbereich - im Gegensatz zu den älteren Companies Acts - durch eine Änderung des memorandums erreicht werden. Dafür ist eine qualifizierte Mehrheitsentscheidung (special resolution) in der Hauptversammlung erforderlich. Diese Änderung kann allerdings durch einen entsprechenden Antrag einer bestimmten Minderheit gerichtlich wieder aufgehoben werden.¹¹⁹⁾

Daraus mag hervorgehen, daß die ultra vires Lehre heute ihren Schutzzweck zum größten Teil eingebüßt hat. Deshalb wird von verschiedenen Seiten gefordert, sie ganz abzuschaffen¹²⁰⁾, und es wird allgemein bedauert, daß der Gesetzgeber sich bei Erlaß des Companies Act von 1948 noch nicht zu diesem Schritt entschließen konnte.

Nach der heutigen Rechtslage muß sich jedenfalls der Vertragspartner einer PrC noch das memorandum und die darin enthaltene object clause genau ansehen, wenn er sicher gehen will, daß der Vertrag gültig ist, und er Ansprüche aus ihm herleiten kann.

In der ultra vires Lehre dürfte eines der wesentlichsten Unterscheidungsmerkmale gegenüber den juristischen Personen des deutschen Gesellschaftsrechts und damit der GmbH bestehen. Eine corporation kann zwar auch Träger von Rechten und Pflichten sein, ist in ihrer Handlungsfähigkeit aber nicht unbeschränkt. Sie kann Rechte und Pflichten nur in dem Rahmen begründen, den sie sich selbst gesetzt hat. Sie ist einer natürlichen Person nicht in dem Maße gleichgestellt, wie die

117) Re Hoven Gold Mining Co. (1882) 20 Ch.D. 151, 158 f.
Re German Date Coffee Co. (1882) 20 Ch.D. 169, 176 f.

118) Gower, S. 84

119) Zu den einzelnen Bedingungen, die für die Änderung des memorandums erforderlich sind, vgl. s.5.

120) Cohen-Report § 12; Palmer, S. 86; Gower, S. 87; Schmitt-hof in JBL 1960, 151. Der Jenkins-Report sieht allerdings von einer vollständigen Abschaffung der ultra vires Lehre ab, sondern schlägt vor, daß aus einer ultra-vires Handlung der Dritte Rechte herleiten kann, nicht aber die Gesellschaft, §§ 35-42.

deutschen Handelsgesellschaften. Da die Einschränkung der Handlungsfähigkeit heute durch die Praxis des Geschäftslebens und durch eine großzügige Rechtsprechung der Gerichte¹²¹⁾ weitgehend aufgehoben ist, bestehen nicht zu übersehende Bestrebungen, diese Beschränkung ganz abzuschaffen. Das würde bedeuten, daß die juristische Person einer natürlichen weitgehend gleichgestellt würde. Hier zeigt sich eine Annäherung des englischen Korporationsrechts an das kontinentale und besonders an das deutsche Gesellschaftsrecht, das diese Grenzen niemals kannte.

3. Die Erörterung über die Handlungsfähigkeit einer Gesellschaft war erforderlich, um festzustellen, inwieweit die Direktoren eine Gesellschaft verpflichten können, wenn sie in deren Namen Verträge abschließen. Eine Folge der ultra vires Lehre ist, daß die Organe die juristische Person auch nur in dem Maße verpflichten können, wie diese selbst handeln kann. Damit ist zugleich die äußerste Grenze für die Vertretungsmacht der Geschäftsführer gesteckt. Der Umfang der Handlungsfähigkeit einer corporation ist zugleich ein Maß für die Vertretungsbefugnis ihrer Organe.

Grundsätzlich liegt die Vertretungsbefugnis in den Händen der Direktoren, auf die sie durch die Hauptversammlung übertragen worden ist. Insoweit diese Macht delegiert worden ist, handelt der board unabhängig von irgendwelchen Entscheidungen der Hauptversammlung und ist nicht mehr weisungsgebunden.¹²²⁾ Die Gesellschafter haben nur noch insoweit einen Einfluß auf die Geschäftsführung, als sie jederzeit die Direktoren ohne Angabe von Gründen abberufen können. Im allgemeinen geht die Machtdelegation so weit, daß alle Aufgaben auf die Direktoren übertragen werden, die nicht ausdrücklich durch Gesetz oder Satzung von den Gesellschaftern wahrgenommen werden.

Neben dieser Vertretungsbefugnis des board hat die Hauptversammlung gleichzeitig das Recht, die Geschäftsführung zu übernehmen, wenn der board nicht handeln will oder kann

121) vgl. besonders die oft kritisierte Entscheidung:
Re Jan Beauforte (London) Ltd. /1953/ Ch. 131.

122) Gower, S. 127

(concurrent power). Entscheidungen, die dann von den Gesellschaftern getroffen werden, sind für das Direktorium bindend, selbst wenn es inzwischen wieder beschlußfähig geworden ist und die Geschäftsführung wieder übernommen hat.¹²³⁾ Die Gesellschafterversammlung kann in dieser Zeit den managing director ernennen und sein Gehalt bestimmen.

Die Geschäftsführung wird durch den board als Kollegium ausgeübt. Einzelne Direktoren sind nicht berechtigt, allein Im Namen der Gesellschaft zu handeln¹²⁴⁾, selbst dann nicht, wenn sie vom board dazu ermächtigt worden sind, wenn nicht die Satzung etwas anderes vorsieht. Es gilt der Grundsatz: "delegatus non potest delegare." Das Direktorium kann einzelne seiner Mitglieder beauftragen, bestimmte Aufgaben der Gesellschaft wahrzunehmen. Dabei ist der einzelne Direktor den Weisungen und der Überwachung durch den board unterworfen. Mit der industriellen Entwicklung zeigte sich, daß ein großes Kollegium in vielen Fällen handlungsunfähig ist oder zuviel Zeit vergeht, bis eine Entscheidung getroffen werden kann. Deshalb sehen die articles fast aller Gesellschaften vor, daß der board seine Vertretungsbefugnis auf eins oder mehrere seiner Mitglieder subdelegieren kann, arts. 107, 109. Sollte eine solche Ermächtigung fehlen, dann ist der board nicht berechtigt, seine Macht auf einen Dritten zu übertragen.¹²⁵⁾ Dem Kollegium steht kraft Gesetzes keine Delegationsbefugnis zu (inherent power), sondern es bedarf immer der Zustimmung der Gesellschafter.

In der Praxis sieht die Satzung vor, daß der board eines seiner Mitglieder zum managing director ernennen kann, der mit der laufenden Geschäftsführung beauftragt wird. Es ist der Entscheidung des Direktoriums überlassen, ob es dem Geschäftsführer - so kann man den managing director bezeichnen - das tagtägliche management insgesamt überträgt, oder ob ihm nur bestimmte Aufgaben überlassen werden. Zu der laufenden Geschäftsführung gehört das Zeichnen von Wechseln oder Schecks im Namen der Gesellschaft, die Bestellung der dazu erforderlichen Sicherheiten durch das Gesellschaftsver-

123) Foster v. Foster /1916/ 1 Ch. 532, 555 f.

124) Pennington, S. 93f.

125) Boschoek Proprietary Co. v. Fuke /1906/ 1 Ch. 148, 159.

mögen, das Inkasso und den Abschluß sämtlicher Verträge, die der übliche Geschäftsverkehr mit sich bringt. Allerdings kann er auch nur mit der Führung eines bestimmten Geschäftszweiges der Gesellschaft beauftragt werden, z.B. als Leiter der Verkaufsabteilung. Innerhalb dieses Bereiches ist der managing director den Weisungen des board unterworfen, der die Vertretungsbefugnis jederzeit frei widerrufen kann, auch dann, wenn der Geschäftsführer für eine bestimmte Zeit bestellt worden ist.¹²⁶⁾ Soll er in der Geschäftsführung unabhängig und nicht mehr den Weisungen des board unterworfen sein, muß das in den articles ausdrücklich vorgesehen sein.¹²⁷⁾ Art. 109 zeigt die verschiedenen Möglichkeiten auf: Der managing director kann ermächtigt werden, die Geschäftsführung allein zu übernehmen oder Entscheidungen nur mit Zustimmung des board zu fällen. Außerdem kann die Vertretungsbefugnis von Zeit zu Zeit ganz widerrufen oder auf andere Geschäftsgebiete bezogen werden. Die Entscheidung, welche Form gewählt wird, ist dem board überlassen.¹²⁸⁾

Mag die Macht des Geschäftsführers auch noch so beschränkt sein, und mag er in großem Maße der Kontrolle des Direktoriums unterworfen sein, er nimmt trotzdem neben dem board eine Sonderstellung innerhalb der Gesellschaft ein. Wenn die Direktoren einen aus ihrer Mitte zum managing director bestellen, übertragen sie einen Teil ihrer Vertretungsbefugnis und schaffen damit ein neues Organ.¹²⁹⁾

Die Stellung des geschäftsführenden Direktors ist im wesentlichen davon abhängig, in welchem Umfang der board ihm die Vertretungsbefugnis überträgt. Eine gesetzliche Ausgestaltung dieser Stellung - etwa wie in § 37 Abs. 2 - kennt das englische Gesellschaftsrecht nicht. Darin besteht der wohl wesentlichste Unterschied zum GmbHG, das keine Beschränkungen in der Vertretungsbefugnis kennt. Bei der PrC ergibt sich eine Begrenzung in doppelter Hinsicht: a) aus der Handlungsfähigkeit der Gesellschaft selbst. Alle Rechtsgeschäfte,

126) Holdsworth & Co. v. Caddies /1955/ 1 All E.R. 725,734 f.

127) Pennington, S. 94

128) Gower, S. 130

129) vgl. dazu den Wortlaut des art 109: "to the exclusion of their own power."

die über den im memorandum festgelegten Geschäftsbereich hinausgehen (ultra vires the company), sind nichtig. b) aus der Beschränkung der Vertretungsbefugnis des einzelnen Geschäftsführers. Wie diese im einzelnen ausgestaltet ist, hängt von der Art, der Größe und der Organisation der einzelnen Gesellschaft ab. In einer Ex.PrC mit nur zwei Gesellschaftern kommt die Vertretungsbefugnis des managing directors der des Geschäftsführers einer GmbH sehr nahe, da er im allgemeinen alle Geschäfte der Gesellschaft ausführt. Die grundsätzliche Verschiedenheit, die sich aus der ultra-vires Lehre und der Möglichkeit der Beschränkung der Geschäftsführung nach außen ergibt, bleibt in jedem Fall bestehen. Während die Vertretungsbefugnis eines deutschen Geschäftsführers weder durch den Zweck noch den Umfang der Gesellschaft beschränkt werden kann, ist eine Einschränkung in England satzungsmäßig möglich.

4. § 37 Abs.2. besagt aber nicht, daß die Vertretungsbefugnis bei der GmbH generell unbeschränkt ist. Einschränkungen können sich sowohl aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Zivil- und Gesellschaftsrechts, als auch aus dem Gesetz selbst ergeben.

Fraglich ist, ob die Grundsätze des BGB hinsichtlich des rechtsgeschäftlich bestellten Vertreters (§§ 164 ff BGB) auch auf den gesetzlichen Vertreter anzuwenden sind. Daraus ergäbe sich die Konsequenz, daß der Geschäftsführer als Vertreter ohne Vertretungsmacht handeln würde, wenn er die ihm im Innenverhältnis auferlegten Beschränkungen nicht beachten würde. Wäre dem Vertragspartner die Überschreitung der Vertretungsmacht erkennbar gewesen, könnte er sich nicht auf die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers berufen. Eine solche Handlung würde gegen Treu und Glauben verstoßen. Der Geschäftsführer würde als Organ wie ein Vertreter ohne Vertretungsmacht behandelt.¹³⁰⁾ Diese An-

130) Die h.M. bejaht heute die Anwendung dieser Vorschriften: RGZ 134, 67, 71; RGZ 143, 196, 201; RGZ 145, 311, 315; BGH in WM 1960, 612; BGH in GmbHRdsch 1962, 117; BAG in GmbHRdsch. 1962, 135; Baumbach-Hueck, § 37 Anm. 3 C; Schilling bei Hachenburg, § 37 Anm. 12; Coing bei Staudinger, § 167 Anm. 17a.

sicht führt zu dem Ergebnis, daß der rechtsgeschäftlich bestellte Vertreter dem gesetzlichen gleichgestellt wird. Damit widerspricht sie der Entscheidung des Gesetzgebers in §§ 35, 37 Abs.2, wonach sich ein Dritter auf die unbeschränkte Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers verlassen kann und keine Nachforschungen über den Umfang der Vertretungsmacht anstellen muß. Dem außenstehenden Vertragspartner würde damit eine Pflicht auferlegt - die Überprüfung des Innenverhältnisses Gesellschafter - Geschäftsführer -, der er in den meisten Fällen nicht nachkommen kann, weil er keinen Einblick in den inneren Geschäftsbetrieb der Gesellschaft hat. Ein reibungs-

loser Geschäftsverkehr wäre nicht mehr garantiert. Der Dritte ist in diesem Fall schutzwürdiger als die Gesellschaft.¹³¹⁾

Auch die Kenntnis des Vertragspartners von den internen Beschränkungen der Vertretungsmacht ist ohne Bedeutung für die Wirksamkeit des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts. Anders ist die Rechtslage dann zu beurteilen, wenn der Geschäftsführer unter Außerachtlassen der internen Beschränkungen bewußt zum Nachteil der Gesellschaft handelt. Sind dem Dritten diese Umstände bekannt, und arbeitet er mit dem Geschäftsführer in dieser Absicht zusammen, ist darin ein solch schwerer Verstoß gegen die allgemeinen Regeln des Geschäftsverkehrs zu sehen, daß die Berufung auf die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht als eine unzulässige Rechtsausübung und damit als ein Verstoß gegen Treu und Glauben anzusehen ist.¹³²⁾ Im Fall der Kollusion wird die Gesellschaft nicht verpflichtet. Ein solches Rechtsgeschäft ist nichtig.

Fraglich ist, ob diese Rechtsfolgen auch dann eintreten, wenn der Dritte diese Umstände zwar nicht positiv kannte, sie aber hätte kennen müssen.¹³³⁾ In dieser generellen Form dürfte die Frage nicht zu bejahen sein. Für eine Kollusion ist immerhin erforderlich ein bewußtes Zusammenwirken der Vertragspartner zum Nachteil der Gesellschaft. Soll das Geschäft nichtig sein, müssen schon solche Umstände vorliegen, aus denen sich ohne eine weitere Nachprüfung offensichtlich ergibt, daß zum Nachteil der Gesellschaft gehandelt wird. Das Bewußtsein der Schädigung reicht aus. Positive Kenntnis ist in diesem Fall nicht erforderlich.¹³⁴⁾ Die Kenntnis dagegen, daß der Geschäftsführer nur die ihm im Innenverhältnis auferlegten Schranken überschreitet, führt nie die Unwirksamkeit des betreffenden Rechtsgeschäftes herbei. Die Absicht der Benachteiligung der Gesellschaft ist immer erforderlich.

Eine weitere Beschränkung der Vertretungsmacht des Geschäftsführers ergibt sich aus dem Gesetz, § 181 BGB. Diese Vorschrift gilt direkt nur für den durch Rechtsgeschäft be-

131) Däubler in GmbHRdsch. 1964, 223, 226; Scholz, § 37 Anm. 5.

132) Sudhoff, S. 36; Scholz, § 37 Anm. 5; Schlegelberger-Geßler, § 126 AktG Anm. 22.

133) RGZ 134, 67, 71; BGH in WM 1960, 611, 613; Baumbach-Hueck, § 37 Anm. 36; Baumbach-Duden, § 126 HGB Anm. 4 für die oHG.

134) RGZ 134, 43, 51 f.; Scholz, § 37 Anm. 5.

stellten Vertreter des BGB, ist entsprechend aber auch auf die Organe einer juristischen Person anwendbar.¹³⁵⁾ Danach kann der Geschäftsführer im Namen der Gesellschaft mit sich selbst keine wirksamen Rechtsgeschäfte abschließen. Die Unzulässigkeit des Insichgeschäfts soll die Gefahr einer Interessenkollision vermeiden. § 181 BGB ist eine Ordnungsvorschrift.¹³⁶⁾ Ein Insichgeschäft ist also auch dann unzulässig, wenn es nur nach außen diesen Charakter zeigt. Eine Interessenkollision braucht nicht unbedingt vorzuliegen. Ein Verstoß gegen § 181 bewirkt nicht die Nichtigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts. Es ist schwebend unwirksam und kann durch die Genehmigung der Gesellschaft geteilt werden.

Da das Verbot des Selbstkontrahierens die Gesellschaft schützen soll, kann sie dem Geschäftsführer gestatten, solche Geschäfte vorzunehmen, § 181 BGB. Die Erlaubnis kann generell oder für den Einzelfall erteilt werden, entweder ausdrücklich oder konkludent. Der Anstellungsvertrag wird regelmäßig eine Regelung des Inhalts enthalten, daß der Geschäftsführer berechtigt ist, Gehälter an die Angestellten und an sich selbst auszuzahlen.¹³⁷⁾ Die Gestattung wird von dem Bestellungsorgan ausgesprochen.

Eine weitere Ausnahme von dem Verbot des Selbstkontrahierens enthält § 181 BGB selbst: Ein Insichgeschäft ist dann gestattet, wenn es in Erfüllung einer Verbindlichkeit erfolgt. Die Gefahr einer Interessenkollision besteht in diesen Fällen regelmäßig nicht. Unter diese Ausnahme fällt z.B. die Auflassung eines Grundstücks der Gesellschaft an den Geschäftsführer durch ihn selbst, wenn der Abschluß des obligatorischen Kaufvertrages nicht gegen § 181 BGB verstößt.

5. Besondere Probleme ergeben sich bei der Anwendung des § 181 BGB hinsichtlich der Einmann-GmbH, in der der einzige Gesellschafter gleichzeitig Geschäftsführer ist. Kann der einzige Gesellschafter sich als Geschäftsführer das Selbstkontrahieren gestatten? Eine Möglichkeit, diese Schwierigkeit zu umgehen, besteht darin, daß der Gesellschafter-Geschäfts-

135) BGHZ 33, 189, 190; Feine, S. 490

136) Enneccerus-Nipperdey, § 181, II, 2

137) Schilling bei Hachenburg, § 36 Anm. 13 mit weiteren Beispielen.

fürher sich vom Verbot des § 181 BGB durch eine Satzungsänderung befreit, entweder generell oder nur für eine bestimmte Art von Rechtsgeschäften.¹³⁸⁾

Bestritten ist dagegen, ob das Selbstkontrahieren auch durch einen einfachen Beschluß des Alleingesellschafters gestattet werden kann. Diese Möglichkeit hat das Reichsgericht zunächst grundsätzlich abgelehnt mit der Begründung, daß der alleinige Gesellschafter nicht mit der Gesellschaft identisch sei. Dieses Verbot sei die einzige Möglichkeit, die Gläubiger der Gesellschaft vor sie schädigenden unkontrollierbaren Vermögensverschiebungen zu schützen.¹³⁹⁾ Diese Entscheidung ist allerdings später bezweifelt¹⁴⁰⁾ und dann ausdrücklich für den Fall der Ermächtigung eines Alleingesellschafters für die Geltendmachung einer Forderung abgelehnt worden.¹⁴¹⁾ Der Bundesgerichtshof hat sich dagegen wieder der ursprünglichen Auffassung des Reichsgerichts angeschlossen und die Erlaubnis durch den einzigen Gesellschafter an sich selbst unter Hinweis auf § 181 BGB ausdrücklich abgelehnt¹⁴²⁾ mit der Begründung, daß zu unterscheiden sei zwischen dem einzigen Gesellschafter und der Gesellschaft. Außerdem müsse der Gläubigerschutz gewahrt bleiben. Allgemein werde eine solche Erlaubnis als "anstößig" angesehen. Es bleibe ja neben der Satzungsänderung die Möglichkeit übrig, einen anderen Geschäftsführer zu bestellen und mit diesem unter dessen Verantwortung das Geschäft abzuschließen. Auch könne gem. § 29 BGB ein Notgeschäftsführer bestellt werden. Schilling versucht, diese Auffassung damit zu entkräften, daß es sich bei der Gestattung nicht um ein Rechtsgeschäft mit Dritten, sondern um einen Sozialakt handele, auf den § 181 BGB nicht anwendbar sei.¹⁴³⁾ Dem hält der BGH in dem zitierten Urteil mit Recht entgegen, daß als Sozialakte nur die Willensbildung der Gesellschaft anzusehen sei, nicht aber nachfolgende Gestaltungserklärungen.¹⁴⁴⁾ Wenn auch die Begründung von Schilling abzulehnen

138) Diese Möglichkeit wird allgemein bejaht: BGHZ 33, 191-194; Däubler in GmbHRdsch. 1964, 223, 224.

139) RGZ 68, 172, 178 f.

140) RGZ 109, 77, 79 f.

141) RG in JW 1934, 974 mit zustimmender Anmerkung von v. Godin in JW 1934, 974 f.

142) BGHZ 33, 189, 191-194.

143) Schilling bei Hachenburg, § 36 Anm. 13

144) BGHZ 33, 189, 193.

ist, muß ihm doch im Ergebnis zugestimmt werden. Aus dem praktischen Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes, auf den der BGH sein Urteil stützt, läßt sich seine Entscheidung ablehnen: Auch wenn eine Satzungsänderung erforderlich ist, läßt sich damit eine die Gläubiger schädigende Vermögensverschiebung nicht verhindern, da - wie der BGH selbst einräumt - die Befreiung vom Verbot des § 181 BGB weder in das Handelsregister eingetragen noch veröffentlicht wird und somit oft nicht zur Kenntnis der Gläubiger gelangt. Genauso kompliziert und im Endeffekt nutzlos ist der andere Vorschlag, einen anderen Geschäftsführer zu bestellen und unter dessen Verantwortung das Geschäft abzuschließen. In diesem Fall wird auch nicht der Schutz der Gläubiger garantiert, da der neu bestellte Geschäftsführer ihnen gegenüber grundsätzlich nicht persönlich haftet und deshalb bei entsprechender Gegenleistung bereit sein wird, Vermögensverschiebungen vorzunehmen.

In diesem Fall sollte nicht eine so große Bedeutung der Unterscheidung zwischen Gesellschafter und Gesellschaft beigemessen werden. Der wirksamste Gläubigerschutz würde durch die Einführung einer generellen Durchgriffshaftung gewährt. Außerdem besteht der Sinn des § 181 BGB nicht darin, einen Gläubigerschutz zu gewähren, sondern die Gesellschaft vor schädigenden Machenschaften ihrer Organe zu schützen.¹⁴⁵⁾ Weiterhin ist zu bedenken, daß in dem Verbot des Sichgestattens eine Einschränkung der Ausübung der Mitgliedschaftsrechte eines Gesellschafters liegt. Als Gesellschafter ist der Geschäftsführer berechtigt, seine Mitgliedschaftsrechte wahrzunehmen. Es ist zu überlegen, ob eine Vorschrift der GmbH durch eine mittelbare Anwendung des BGB eingeschränkt oder ausgeschaltet werden kann.

Aus dem Interessenwiderstreit heraus ist die gesetzliche Beschränkung der Vertretungsmacht in § 46 Zif.8 zu verstehen, nach der die Vertretung der Gesellschaft in Prozessen gegen die Geschäftsführer der Beschlußfassung der Gesellschafter unterliegt. Sonst wäre der Geschäftsführer zugleich Partei und Vertreter der Gesellschaft. § 46 Zif.8 ist ein Unterfall des § 181 BGB und hat nicht nur Wirkung im Innen- sondern auch im Außenverhältnis.

145) So im Ergebnis: Baumbach-Hueck, Anhang 3 B zu § 34; Scholz, § 35 Anm. 24; Bösebeck in NJW 1961, 481 ff.; Krause in JZ 1961, 633 f. und Pleyer in GmbHRdsch. 1962, 179.

Entsprechend der Vorschrift des § 181 BGB, der das Selbstkontrahieren des Geschäftsführers nur in bestimmten Fällen zuläßt, hat der englische Gesetzgeber eine Regelung getroffen, um einen Interessenkonflikt der Direktoren zu vermeiden.

Nach common law ist ein Vertrag, den ein Vertreter im Namen der Gesellschaft mit sich selbst abschließt, anfechtbar. Der Vertreter hat gegenüber dem Prinzipal eine treuhänderähnliche Stellung, auf Grund deren es ihm verboten ist, aus irgendeinem Geschäft, das er für den Vertretenen abschließt, einen persönlichen Gewinn zu ziehen. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob der betreffende Vertrag für den Vertretenen günstig oder ungünstig ist. Diese Regel, die für das Verhältnis Vertreter - Vertretener entwickelt worden ist, fand später auch Anwendung auf die Beziehung Direktor - Gesellschaft¹⁴⁶⁾, gleichgültig, ob dieser direkt oder nur indirekt an dem Geschäft beteiligt ist.¹⁴⁷⁾ Als Folge der Anfechtbarkeit kann die Gesellschaft den Vertrag durch nachfolgende Genehmigung wirksam machen, oder aber ihre Zustimmung versagen, und damit endgültig die Nichtigkeit herbeiführen. In jedem Fall hatten die Direktoren einen persönlich erzielten Gewinn an die Gesellschaft abzuführen.

Da mit der industriellen Entwicklung immer mehr Gesellschaften gegründet wurden, die zueinander in Geschäftsbeziehungen standen, und deren Mitglieder an beiden Gesellschaften beteiligt waren, oder die eigene Gesellschaft mit Rohstoffen belieferten, wurde die Rechtslage immer unübersichtlicher. Dieser Konflikt mußte in irgendeiner Weise gelöst werden. Da die Regel, daß ein solcher Vertrag anfechtbar ist, kein zwingendes Recht ist, gingen die Gesellschaftsgründer dazu über, in die Satzung eine Vorschrift aufzunehmen, nach der sie auf ihr Anfechtungsrecht verzichten, wenn der Geschäftsführer die Beteiligung an diesen Geschäften der Hauptversammlung offen darlegt.¹⁴⁸⁾ Im Gegensatz zu der früheren Regelung kann

146) Aberdeen Railway v. Blaikie (1854) 1 Macq. 461, 471 f. North-West Transportation Co. v. Beatty (1887) 12 App. Cas. 589, 593.

147) Transvaal Lands Co. v. New Belgium Land and Development Co. /1914/ 2 Ch. 488, 503.

148) Pennington, S. 406 f.; Gower, S. 480.

er den erzielten Gewinn behalten. Falls diese Folge nicht schon in den articles festgelegt ist, kann sie im Einzelfall auch durch einfachen Beschluß in der Hauptversammlung herbeigeführt werden. Das Gesetz selbst legt dem einzelnen Direktor nur die Pflicht auf, die Gesellschaft über seine Beteiligung zu informieren, s.199. Diese Vorschrift sagt nichts darüber aus, ob bei Unterlassen dieser Informationspflicht der Vertrag voll wirksam oder anfechtbar ist. Sie hat nur strafrechtlichen Charakter. Bei einer Zuwiderhandlung kann eine Geldstrafe bis zu £ 100 verhängt werden, s.199,4. Genauer geregelt werden diese Fragen in der Mustersatzung, arts. 84-87, wo ihm der Gewinn aus einem solchen Geschäft zugesprochen wird, art. 84,3. Ein Amtsverlust scheidet damit natürlich auch aus. Dafür kann er sein Stimmrecht bei der Abstimmung über solche Geschäfte der Gesellschaft nicht ausüben, an denen er persönlich beteiligt ist, art. 84,2. Diese Regelung der Mustersatzung wird in die meisten articles wörtliche übernommen oder ausdrücklich für anwendbar erklärt.

Im Gegensatz zu § 181 BGB verbietet das englische Recht das Selbstkontrahieren nicht mehr grundsätzlich. Trotzdem ist es strenger als das deutsche, da es von den Direktoren verlangt, jede persönliche Beteiligung an einem Geschäft der Gesellschaft - mag sie direkt oder indirekt sein - dem board darzulegen, der seinerseits die einzelnen Gesellschafter nicht zu informieren braucht. Das kommt in der Strafvorschrift des s.199,4 zum Ausdruck. Eine indirekte Beteiligung an einem Abkommen der Gesellschaft braucht der Geschäftsführer einer GmbH kraft Gesetzes nicht zu erklären. Während in Deutschland der Haupt Gesichtspunkt die Vermeidung eines Interessenkonfliktes und damit der Schutz der Gesellschaft ist, wird in England der Sauberkeit der Amtsführung eine größere Bedeutung beigemessen. Beachtet ein Direktor gewisse Spielregeln, dann kann er mit der Gesellschaft Verträge im eigenen Namen abschließen und einen persönlichen Gewinn erzielen.

Aus diesem Grund kommt man im englischen Recht zu einem anderen Ergebnis bei der Einmanngesellschaft.

Von einer Einmanngesellschaft wird in zwei verschiedenen Fällen gesprochen: Einmal, wenn ein Gesellschafter den weit-

aus größten Teil der Aktien besitzt, die anderen nach dem Gesetz erforderlichen Mitgesellschafter¹⁴⁹⁾ nur mit einer Aktie am Gesellschaftsvermögen beteiligt sind, sie also nur nominell die Stellung eines Gesellschafters haben. Die Gründung einer solchen Gesellschaft ist von den Gerichten als zulässig erklärt worden, und die Trennung von Gesellschaftern und Gesellschaft in vermögensrechtlicher Hinsicht ausdrücklich bejaht worden. Die bekannteste Entscheidung dürfte Salomon v. Salomon sein.¹⁵⁰⁾ Es handelte sich um eine Gesellschaftsgründung, bei der ein Gesellschafter alle Aktien besaß außer sechs zu je £ 1, die anderen Familienmitglieder gehörten. Der Hauptgesellschafter war dazu noch managing director. Als kurz darauf das Unternehmen in Zahlungsschwierigkeiten geriet, und die Gläubiger den Hauptgesellschafter persönlich in Anspruch nehmen wollten, entschied das House of Lords einstimmig, daß auch in diesem Fall zwischen dem Vermögen der Gesellschaft, das allein für die Gesellschaftsschulden hafte, und dem Privatvermögen der Gesellschafter zu unterscheiden sei.¹⁵¹⁾ Dieses Urteil wurde als bindend anerkannt und in vielen späteren Entscheidungen bestätigt.¹⁵²⁾ Die Bezeichnung einer solchen Gesellschaft als Einmanngesellschaft läßt sich nach englischem Recht deshalb rechtfertigen, weil die Aktie bzw. der Geschäftsanteil keinen bestimmten Mindestnennwert haben muß. Es ist durchaus üblich und gebräuchlich, daß Aktien zum Nennwert von £ 1 ausgegeben werden.

Eine Einmanngesellschaft kann auch dann entstehen, - die Ex.PrC dürfte dafür die geeigneteste Form sein¹⁵³⁾ - wenn alle Gesellschafter bis auf einen ausscheiden, und sie ihre Aktien an ihn veräußern. Auch in diesem Fall besteht die Gesell-

149) bei der PuC sind 7, bei der PrC 6 Gesellschafter zur Gründung erforderlich.

150) /1897/ A.C. 22

151) Ibid., S. 30, 31, 43, 51.

152) British "Thompson-Houston Co., v. Sterling Accessories Ltd. /1924/ 2 Ch. 33, 38.

Ebbw Vale Urban District Council v. South Wales Traffic Area Licensing Authority /1951/ 2 K.B. 366, 373 f.

153) vgl. Rice "One Man" Company or One Man "Company" (1964) B.L.J. 36 ff, 38.

schaft als juristische Person weiter und wird von der des einzigen Gesellschafters unterschieden.¹⁵⁴⁾

Da im englischen Recht eine dem § 181 BGB entsprechende Ordnungsvorschrift fehlt, und kein Dritter ein Interesse an der klaren Trennung zwischen Gesellschaftsgeschäften und solchen der Direktoren hat, ergeben sich nicht die Probleme wie im deutschen Recht. Die Gesellschaft braucht in diesem Fall nicht geschützt zu werden, da ihre Interessen sich mit denen des Direktors decken. Ein anderer Gesellschafter oder ein Mitglied des board, dem die Beteiligung dargelegt werden müßte, existiert nicht. Der Gedanke, eine Vermögensverschiebung und eine sich etwa daraus ergebende Gläubigerbenachteiligung durch das Verbot des Selbstkontrahierens zu verhindern, kommt in den Entscheidungen zum Problem der Einmanngesellschaft nicht zum Ausdruck. Man legt es vielmehr darauf an, zugunsten der Gesellschaft eine klare Trennung zwischen Gesellschafts- und Privatangelegenheiten der geschäftsführenden Direktoren zu ziehen.

Deshalb kann der einzige Gesellschafter mit sich und der Gesellschaft Verträge abschließen, oder sich selbst zum Geschäftsführer ernennen. Das Stimmrecht wird hier als ein Besitzrecht angesehen, das nur von der Höhe der Beteiligung an der Gesellschaft abhängig ist, sonst aber in jeder Hinsicht frei ausgeübt werden kann. Ein Direktor einer Einmanngesellschaft braucht sich das Selbstkontrahieren nicht selbst zu gestatten, da es grundsätzlich nicht verboten ist. Die in s.199 festgelegte Mitteilungspflicht an die übrigen Gesellschafter entfällt. Innerhalb des Geschäftsbereichs der Gesellschaft kann der Gesellschafter - Direktor frei kontrahieren.

6. Da die Vertretungsbefugnis des managing directors sich nicht mit der Handlungsbefugnis der Gesellschaft decken muß, sondern eingeschränkt werden kann, ergibt sich die Frage, ob

154) Palmer, S. 31. Gegen die Anerkennung dieser Einmanngesellschaft haben sich einige Autoren ausgesprochen, die aber in der Minderzahl geblieben sind. Vgl. Kahn-Freud: "Some Reflections on Company Law Reform" (1944) M.L.R. 54, wo besonders das Urteil Salomon v. Salomon kritisch betrachtet wird.

die von Geschäftsführern geschlossenen Verträge mit Dritten auch dann wirksam sind, wenn sie über die Vertretungsbefugnis des abschließenden Direktors hinausgehen, aber innerhalb des Geschäftsbereichs der Gesellschaft liegen (ultra vires the directors but intra vires the company).

Für die im folgenden zu behandelnden Fragen ist von dem Grundsatz auszugehen, daß jeder, der mit der Gesellschaft in Vertragsverhandlungen tritt, den Inhalt der öffentlichen Gesellschaftsurkunden (bei der Ex.PrC besonders das memorandum und die articles) kennen muß.¹⁵⁵⁾ Jede Handlung, die dem Inhalt dieser Urkunden widerspricht, ist grundsätzlich unwirksam, kann aber durch das dafür zuständige Gesellschaftsorgan später genehmigt werden, falls sie innerhalb des Handlungsbereichs der Gesellschaft liegt.

Eine Bindung der Gesellschaft erfolgt in all den Fällen, wo der board als Gremium oder eines seiner Mitglieder, das zu dieser speziellen Handlung ermächtigt worden war (actual authority), mit einem Dritten einen Vertrag geschlossen hat. Eine Verpflichtung der Gesellschaft wird nur da problematisch, wo der einzelne Direktor - besonders der managing director - außerhalb der auf ihn delegierten Macht tätig geworden ist.

Wann in einem solchen Fall eine Bindung der Gesellschaft erfolgt, besagt die Regel in Royal British Bank v. Turquand.¹⁵⁶⁾ Folgender Sachverhalt lag zugrunde: der board war durch die Satzung ermächtigt, für die Gesellschaft Darlehen aufzunehmen unter der Voraussetzung, daß vorher ein dahingehender Beschluß der Hauptversammlung ergangen war. Der board nahm ein bestimmtes Darlehen auf, ohne daß ein solcher Gesellschaftsbeschuß vorlag.

In diesem Fall führte Richter Jernis aus, daß eine Bindung der Gesellschaft dann erfolgt, wenn aus den öffentlichen Urkunden eine Ermächtigung des board zur Vornahme einer bestimmten Handlung zu entnehmen ist. Ob darüber hinaus noch eine weitere Voraussetzung erfüllt sein muß, die nicht aus der Urkunde ersichtlich ist, ist für die Wirksamkeit des abgeschlossenen Vertrages ohne Bedeutung. Es reicht aus, wenn

155) Ernest v. Nicholls (1857) 6 H.L.C. 401, 419 f.

156) (1856) 6 E. & B. 327 Exch. Ch.

der Vertragspartner von dem Inhalt der Urkunde Kenntnis hatte. Um die darüber hinausgehenden innergesellschaftlichen Vereinbarungen zwischen den Gesellschaftern und dem board braucht er sich nicht zu kümmern. Maßgebend ist allein das, was aus der Urkunde ersichtlich ist.¹⁵⁷⁾ Das gleiche gilt, wenn aus dem Dokument hervorgeht, daß der handelnde Direktor bestellt worden ist, in Wirklichkeit die Bestellung aber nichtig war, oder er das Amt später durch irgendein Ereignis verloren hat.¹⁵⁸⁾ Das indoor management interessiert auch in diesem Fall nur den Direktor und die Gesellschafter. Unregelmäßigkeiten in diesem Bereich haben keine Wirkung nach außen.¹⁵⁹⁾

Mit diesen Entscheidungen war die Grundlage für die Wirksamkeit eines Vertrages gelegt, den Vertreter einer Gesellschaft abschließen, obwohl sie dazu nicht ermächtigt sind.¹⁶⁰⁾ Diese Regelung ist in der folgenden Zeit durch eine nicht immer ganz übersichtliche Rechtsprechung weiter ausgebaut und spezifiziert worden, sodaß sich heute neben den beiden schon erwähnten noch zwei weitere Grundsätze herausgebildet haben, die anhand der bekanntesten Fälle im folgenden dargelegt werden sollen.

Am übersichtlichsten dürfte eine Erörterung dann werden, wenn man unterscheidet, ob sich die außenstehende Partei darauf beruft, daß der Direktor die Vertretungsmacht hatte, die im allgemeinen einer Person in dieser Stellung zukommt (usual authority), oder daß die Gesellschaft einen Grund zu der Vermutung gegeben hat, daß ihrem Organ gerade in diesem Fall die Vertretungsmacht zusteht (apparent authority).

a) Handlungen innerhalb der usual authority.

Der ordinary director besitzt im allgemeinen keine Vertretungsmacht und ist nicht selbständig an der Geschäftsführung beteiligt. Er wird vorwiegend als Mitglied des board tätig, tritt aber nicht als Einzelperson in Erscheinung.¹⁶¹⁾ Ihm

157) Ibid., S. 332

158) Mahony v. East Holiford Mining Co. (1875) 7 H.L. 869

159) Ibid., S. 893 f.

160) Aus der neueren Rspr. vgl.: Freeman v. Buckhurst Park Properties Ltd. /1964/ 2 Q.B. 480, 491 ff. In diesem Urteil ist eine fast vollständige Übersicht über die vorhergehende Rspr. gegeben.

161) Kreditbank Cassel GmbH v. Schenkers Ltd. /1927/ 1 K.B. 826, 843

steht deshalb keine usual authority zu. Die umfassendste allgemeine Vertretungsmacht kommt dem managing director zu. Es ist üblich, daß der board ihn ermächtigt, die tagtäglichen Geschäfte (everyday business) der Gesellschaft zu führen. Er vertritt die Gesellschaft in allen Angelegenheiten¹⁶²⁾, die die Geschäftsbeziehungen zu Dritten betreffen.¹⁶³⁾ Zwischen dem ordinary und dem managing director steht der executive director. Er ist ein Mitglied des board, das mit der Führung eines bestimmten Geschäftsbereichs beauftragt ist, z.B.: sales manager. Seine Befugnisse sind auf einen bestimmten Geschäftszweig beschränkt.

Dem ordinary director steht also im allgemeinen keine Vertretungsbefugnis zu, dem managing director dagegen eine umfassende. Zwischen beiden steht die des executive directors, die beschränkt ist. Wenn ein Dritter mit einem Direktor einer Gesellschaft einen Vertrag abschließt, der innerhalb der allgemeinen Befugnis liegt (usual authority), ist diese Vereinbarung auch dann bindend, wenn der handelnde Direktor seine wirkliche Vertretungsmacht (actual authority) dabei überschreitet.¹⁶⁴⁾ Diese Regelung gilt allerdings dann nicht, wenn der Dritte wußte, daß der Vertreter in Wirklichkeit keine Vertretungsmacht besaß¹⁶⁵⁾, oder wenn Umstände vorlagen, die dies vermuten ließen.¹⁶⁶⁾

In den Fällen, wo der Vertragspartner mit dem board als Kollegium oder dem managing director kontrahiert, wird er im allgemeinen geschützt sein. Tritt er dagegen mit einem ordinary director in Verhandlungen, tut er das auf eigene Gefahr.

162) Rice, "Power of a Director to Bind a Company" in B.L.J. (1959) S. 332 ff.

163) Clay Hill Brick Co. v. Rawlings /1938/ 4 All E.R. 100, 105 f.

164) Das ist keine spezielle Regelung des Gesellschaftsrechts. Sie gilt allgemein für das Verhältnis Vertreter - Vertretener - Dritter und gehört zum common law. Sie wurde später bei der Anwendung auf Gesellschaften nur hinsichtlich der Kenntnis vom Inhalt der Urkunden abgewandelt.

165) Howard v. Patent Ivory Manufacturing Co. (1888) 38 Ch.D. 156, 170.

166) Houghton & Co. v. Nothard, Lowe & Wills /1927/ 1 K.B. 246, 260.

Liggett, Ltd. v. Bardays Bank /1928/ 1 K.B. 48, 56 f.

b) Wirksame Handlungen innerhalb der apparent authority
(Anscheinsvollmacht).

Wenn der managing oder ordinary director im Namen der Gesellschaft Verträge abschließt, für die er im allgemeinen und tatsächlich nicht zuständig ist, wird der Dritte nicht geschützt, es sei denn, die Gesellschaft hat nach außen den Anschein erweckt, als ob sie dem in ihrem Namen Handelnden diese Befugnis eingeräumt hat (holding out).

In der Praxis wird dieser Fall am häufigsten dann vorkommen, wenn ein einzelner Direktor handelt, dem im allgemeinen keine Vertretungsbefugnis (usual authority) zusteht. Diese Anscheinsvollmacht kann durch den Schriftverkehr mit Vertragspartnern oder durch irgendwelche Äußerungen in der Öffentlichkeit hervorgerufen werden. Verträge, die innerhalb dieses Bereiches abgeschlossen werden, sind voll wirksam.

Bestritten ist, ob sowohl bei der usual als auch bei der apparent authority der Dritte ausdrücklich Kenntnis von dem Inhalt der öffentlichen Urkunden gehabt haben muß. Diese Verwirrung wurde durch eine Reihe von Urteilen geschaffen, in denen nicht zwischen der allgemeinen und der Anscheinsvollmacht unterschieden wurde.¹⁶⁷⁾ In allen Fällen handelte es sich nicht um Geschäfte innerhalb der üblichen Vertretungsmacht, sondern um solche innerhalb der Anscheinsvollmacht. Die Klärung der Rechtslage ist dem Urteil im Freeman-Fall zu verdanken, wo ausdrücklich hervorgehoben wird, daß bei der usual authority keine positive Kenntnis der Satzung erforderlich ist, dagegen aber bei Handlungen innerhalb der apparent authority.¹⁶⁸⁾

Diese Entscheidung läßt sich damit rechtfertigen, daß der board oder der von ihm ernannte managing director im allgemeinen in der Satzung ermächtigt wird, die tagtäglichen Geschäfte der Gesellschaft zu führen. Die Stellung dieser Organe läßt vermuten, daß sie mit einer gewissen Vertretungs-

167) Rama Corporation v. Proved Tin and General Instruments Ltd. /1952/ 2 Q.B. 147 = /1957/ All E.R. 554.
Houghton & Co. v. Nothard, Lowe & Wills /1927/ 1 K.B. 246
Kreditbank Cassel GmbH v. Schenkers /1927/ 1 K.B. 826
168) Freeman & Lockyer v. Buckhurst Park Properties Ltd.
/1964/ 2 Q.B. 480, 493-497.

befugnis ausgestattet sind. Im modernen Geschäftsverkehr wäre es unmöglich, jedem, der mit einer Gesellschaft kontrahiert, die Pflicht aufzuerlegen, vor Vertragsabschluß die Satzung einzusehen. Niemand könnte das Risiko der Unwirksamkeit des abgeschlossenen Vertrages auf sich nehmen. Dagegen kann diese Vorsichtsmaßnahme bei jedem Geschäft gefordert werden, zu dessen Abschluß der Geschäftsführer im allgemeinen nicht ermächtigt ist. Hier besteht von Anfang an ein Verdacht hinsichtlich eines Mangels der Vertretungsmacht, der eine Nachprüfung durch Einsicht der öffentlichen Urkunden rechtfertigt.

Diese Probleme ergeben sich nicht im GmbH-Recht, da die Vertretungsmacht der Geschäftsführer einer GmbH unbeschränkt nach außen ist und sich mit der Handlungsfähigkeit der Gesellschaft in dieser Beziehung deckt.

Weiterhin sind die Direktoren nicht berechtigt, gesellschaftsorganisatorische Handlungen vorzunehmen, abgesehen von der Bestellung des managing directors. Art. 80 der Mustersatzung sieht vor, daß ihnen die Geschäftsführung insoweit übertragen wird, als sie weder durch Gesetz noch durch die Satzung der Hauptversammlung zugewiesen ist. Dazu gehören allgemein gesellschaftsrechtliche Akte, z.B. die Änderung des memorandums, der Satzung oder des Firmennamens.¹⁶⁹⁾ Auch ist ihnen im allgemeinen verboten, eine Kapitalerhöhung oder Herabsetzung vorzunehmen, oder Aktien auf einen anderen zu übertragen.¹⁷⁰⁾ Insoweit ergibt sich kein Unterschied zum deutschen Recht. Die Direktoren können - wie der Geschäftsführer einer GmbH - nur individualrechtliche, nicht aber gesellschaftsrechtliche Handlungen mit Wirkung nach außen vornehmen. Es ist ein allgemeiner Grundsatz des englischen und des deutschen Korporationsrechts, daß die Gesellschafter über die Organisation und Ausgestaltung ihrer Gesellschaft allein entscheiden und damit bestimmen, in welcher Form das von ihnen eingebrachte Kapital verwertet wird.

169) vgl. ss. 10,1; 18,1; 23,1.

170) George Whitechurch, Ltd., v. Cavanagh /1902/ A.C. 117, 130, 133.

7. Mehrere Geschäftsführer.

Hat eine Gesellschaft mehrere Geschäftsführer bestellt, sind gem. § 35 S.2 nur alle Geschäftsführer zusammen zur Vertretung berechtigt. Im Gegensatz zur oHG gilt für die GmbH das Kollegialprinzip. Darin liegt keine Beschränkung der Vertretungsmacht. Die unbeschränkte Vertretungsbefugnis wird vielmehr nur von mehreren Personen ausgeübt.¹⁷¹⁾ Alle Geschäftsführer müssen deshalb in irgendeiner Form bei dem abzuschließenden Geschäft mitwirken.

Diese Regelung wurde getroffen, um die Gesellschaft zu schützen. Üben mehrere Personen die Geschäftsführung aus, tragen sie auch zusammen die Verantwortung. Die Gefahr des Mißbrauchs der unbeschränkten Vertretungsbefugnis wird dadurch verringert.¹⁷²⁾ Dieser Schutz hat gleichzeitig eine gewisse Schwerfälligkeit im Geschäftsverkehr der Gesellschaft zur Folge, da ein Geschäftsführer ohne den anderen nicht wirksam handeln kann. Der Vertragspartner ist gezwungen, nachzuprüfen, ob der handelnde Geschäftsführer allein- oder nur gesamtvertretungsberechtigt ist.

Da Art und Umfang der Vertretungsmacht im englischen Gesellschaftsrecht nicht durch das Gesetz bestimmt sind, bleibt die nähere Ausgestaltung dem board überlassen. Sind mehrere managing directors ernannt worden¹⁷³⁾, kann ihnen entweder Einzel- oder Gesamtvertretungsmacht eingeräumt werden. Jeder Direktor kann dann die laufenden Geschäfte allein führen, ohne an die Mitwirkung eines Dritten gebunden zu sein. Ist Gesamtvertretung vorgesehen, müssen beide managing directors an dem betreffenden Geschäft mitwirken. § 35 Abs.2 soll der Gesellschaft einen gewissen Schutz vor nachteiligen Handlungen ihres geschäftsführenden Organs gewähren. Der englische Gesetzgeber konnte auf solch eine Regelung verzichten, da die Vertretungsbefugnis des managing directors auch nach

171) Feine, S. 492; Scheinmann, S. 35

172) Schilling bei Hachenburg, § 35 Anm. 9

173) Die Bestellung von mehreren managing directors ist bei der Ex.PrC sehr selten zu finden. Neben einem geschäftsführenden Direktor werden im allgemeinen einige executive directors ernannt, die nicht mit den Geschäftsführern einer GmbH zu vergleichen sind.

außen beschränkbar ist. Außerdem wird ein weiterer Schutz bei der Ex.PrC dadurch erreicht, daß in den articles oder im Anstellungsvertrag vereinbart wird, daß bei Geschäften, deren Wert eine bestimmte Summe überschreitet, die Erlaubnis des board eingeholt werden muß. Da solche Beschränkungen aus den öffentlichen Urkunden, die jeder einsehen kann, ersichtlich sind, haben sie auch Wirkung nach außen, falls sie nicht unter eine der oben behandelten Ausnahmen fallen.¹⁷⁴⁾ Hier wird die Doppelfunktion des board erkennbar: er übt teils Vertretungsrechte und teils Aufsichtsrechte über die managing directors aus.

Ist bei der Bestellung mehrerer Geschäftsführer vereinbart worden, daß sie nur gesamtvertretungsberechtigt sind, und handelt einer von ihnen allein, dann kommen die Regeln zum Schutz des außenstehenden Vertragspartners zur Anwendung. Es gilt das gleiche, wie wenn einer im Namen der Gesellschaft handelt, in Wirklichkeit aber keine Geschäftsführungsbefugnis hat oder sie überschreitet. Nach deutschem Recht kann sich ein Dritter, der mit einem Geschäftsführer einer GmbH in Vertragsverhandlungen tritt, im Fall der Einzelvertretung blind auf die Vertretungsmacht des Gesellschaftsorgans verlassen. Das Rechtsgeschäft ist - abgesehen von wenigen Ausnahmen - wirksam. Im Gegensatz zum englischen Recht ist der Umfang der Vertretungsmacht durch das Gesetz bestimmt.

Grundsätzlich kann der managing director keine weiteren Geschäftsführer der Gesellschaft ernennen oder einzelne Mitglieder des board zu executive directors berufen und ihnen einen bestimmten Geschäftszweig zur Verwaltung übertragen. Eine Subdelegation ist generell unmöglich. Die Ernennung eines general agent, der etwa dem Generalbevollmächtigten entspricht, kann nur durch den board erfolgen. Eine gegenseitige Ermächtigung von gesamtvertretungsberechtigten Direktoren zur Einzelvertretung ist aus dem gleichen Grund unmöglich. Der managing director kann wohl die Ausführung einzelner Aufgaben auf Mitglieder des board oder einen Angestellten der Gesellschaft übertragen. Diese werden dadurch nicht zu Gesellschaftsorganen, sondern gelten als Vertreter der Gesellschaft, die spezielle Geschäfte in deren Namen abschließen.

174) s.o. § 4,2 S. 44 ff

Die Regelung in § 35 S.2 ist dispositiver Natur. Gesamtvertretung besteht nur in den Fällen, in denen die Satzung nichts anderes vorschreibt. In der Praxis wird die gesetzliche Regelung nur selten anzutreffen sein, besonders dann, wenn eine GmbH mehr als zwei Geschäftsführer hat. So kann der Gesellschaftsvertrag bestimmen, daß alle Geschäftsführer die Gesellschaft allein vertreten können, oder daß jeweils zwei Geschäftsführern die Vertretungsbefugnis eingeräumt wird, oder daß einer als Hauptgeschäftsführer alleine vertretungsberechtigt ist, die übrigen dagegen nur mit ihm zusammen handeln können.¹⁷⁵⁾ Dadurch wird ein flüssiger Ablauf der Geschäftsabwicklung erreicht. Die wechselseitige Bindung oder die im Gesellschaftsvertrag vorgesehene dominierende Stellung eines Hauptgeschäftsführers ist bei englischen Gesellschaften ungebräuchlich.

Damit die Rechtsgeschäfte im Fall der Kollegialvertretung wirksam werden, müssen alle Geschäftsführer in irgendeiner Form beim Abschluß beteiligt gewesen sein. Ein gleichzeitiges Handeln der einzelnen Personen ist nicht erforderlich. Ein vorheriges oder nachträgliches Mitwirken in Form einer Einwilligung oder Genehmigung reicht aus. Bei Vertragsabschluß müssen nicht alle Geschäftsführer nach außen in Erscheinung treten. Es genügt, wenn ein Vorstandsmitglied vor Vertragsabschluß erklärt, daß es mit dem Vertrag einverstanden ist, oder ihm nachträglich zustimmt.¹⁷⁶⁾ Das Reichsgericht legte ursprünglich strengere Maßstäbe an das Mitwirken des anderen Geschäftsführers. Die Zustimmung mußte dem Dritten gegenüber erklärt werden.¹⁷⁷⁾ Ein Handeln nach außen war erforderlich. Um die sich daraus ergebenden Härtefälle zu vermindern, genügte es, wenn die Zustimmung formlos abgegeben wurde, selbst wenn das Geschäft einer bestimmten Form bedurfte, z.B.: § 313 BGB.¹⁷⁸⁾ Um den Geschäftsverkehr zu erleichtern und den Vertragspartner zu schützen, genügt es

175) Die Bindung eines Geschäftsführers an einen Prokuristen kann hier außer Betracht bleiben, da das englische Recht keine Prokura kennt.

176) Scholz, § 35 Anm. 19; RO HG 16, 33

177) RGZ 40, 17 f.; RGZ 61, 223, 225 f. für die oHG

178) RGZ 101, 342, 343 für die Genossenschaft; RG in JW 1908, 151.

heute, wenn nur ein Geschäftsführer nach außen tätig wird. Die Zustimmung braucht dem Vertragsgegner nicht mehr erklärt zu werden.¹⁷⁹⁾ Ein ausdrückliches Mitwirken ist nicht mehr erforderlich. Ein dementsprechendes Gesamtverhalten genügt, z.B. ein Geschäftsführer verhandelt mit einem Vertragspartner, der andere hört nur zu und widerspricht nicht.¹⁸⁰⁾ Doch ist stets von dem Grundsatz auszugehen, daß alle Geschäftsführer kollektiv die Erklärung abgeben müssen, gleichgültig, ob das ausdrücklich oder stillschweigend, gleichzeitig oder zeitlich nacheinander erfolgt.

Hat die Gesellschaft zunächst nur einen Geschäftsführer, ist dieser alleinvertretungsberechtigt. Wird daraufhin ein zweiter bestellt, verwandelt sich die Alleinvertretungsbefugnis des ersten Geschäftsführers in eine Kollegialvertretung mit dem zweiten. Ist einer von den beiden Geschäftsführern rechtlich oder tatsächlich an der Ausübung seines Amtes gehindert, erlischt das Kollegialprinzip nicht ipso facto¹⁸¹⁾, wohl aber dann, wenn einer der Geschäftsführer endgültig aus seinem Amt ausscheidet. Dann lebt der ursprüngliche Zustand wieder auf: der alleinige Geschäftsführer ist auch wieder allein vertretungsbefugt, falls die Satzung für diesen Fall keine andere Regelung getroffen hat.¹⁸²⁾ Sonst träte der groteske Zustand ein, daß die Gesellschaft zwar einen Geschäftsführer hätte, aber dauernd handlungsunfähig wäre.

Handelt von mehreren Geschäftsführern, die nur gesamtvertretungsberechtigt sind, einer allein, ohne von den anderen dazu ermächtigt worden zu sein, ist der handelnde Geschäftsführer als Vertreter ohne Vertretungsmacht anzusehen, und § 179 BGB findet entsprechend Anwendung.¹⁸³⁾ Das bedeutet,

179) OLG Hamburg in GmbHRdsch 1959, 167; Baumbach-Hueck, § 35 Anm. 5 B

180) Schilling bei Hachenburg, § 35 Anm. 11

181) RGZ 103, 417 f.; BGH in GmbHRdsch 1961, 29

182) Schilling bei Hachenburg, § 35 Anm. 20; Scholz, § 35 Anm. 20.

a.M.: Brodmann, § 35 Anm. 2 d, der diese Folge aus RGZ 103, 417 herleitet.

183) Liebmann-Sänger, § 35 Anm. 14; Feine, S. 494

die Gesellschaft wird durch diese Willenserklärung weder berechtigt noch verpflichtet. Das Rechtsgeschäft ist als schwebend unwirksam anzusehen, kann aber durch nachfolgende Genehmigung des oder der anderen Geschäftsführer geheilt werden. Wird die Genehmigung nicht erteilt, kann der Dritte von dem allein handelnden Geschäftsführer Erfüllung des Vertrages oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, § 179 Abs.1 BGB.

Überschreitet also ein gesamtvertretungsberechtigter Geschäftsführer einer GmbH seine Vertretungsbefugnis dadurch, daß er als Alleinvertreter auftritt, ist der Schutz des Vertragspartners geringer als in England. Er kann nicht auf Grund eines Rechtsscheins auf die Alleinvertretung vertrauen, da diese im Zweifel durch Gesetz ausgeschlossen ist, § 35 S.2. Die Rechtsscheinwirkung ist im englischen Recht umfassender.

Das Kollegialprinzip gilt nur bei der Aktivvertretung, also bei der Abgabe von Willenserklärungen. Bei der Empfangnahme - Passivvertretung - gilt stets Einzelvertretung § 35 Abs. 2 S. 3. Es genügt, wenn die Willenserklärung einem von mehreren gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführern zugeht. Aus dem GmbHG geht zwar nicht ausdrücklich hervor, daß diese Regel nicht durch die Satzung abgeändert werden kann. Das ergibt sich jedoch aus den Vorschriften über den rechtsfähigen Verein, wo Einzelvertretung bei der Empfangnahme von Willenserklärungen zwingend vorgeschrieben ist, §§ 28 Abs. 2, 40 BGB. Das ist ein allgemeiner Grundsatz des Körperschaftsrechts.¹⁸⁴⁾

184) vgl. Brodmann, § 35 Anm. 3. Die gleiche Regelung gilt für die AG, § 71 Abs. 2, S. 3 AktG und für die oHG, § 125 Abs. 2, S. 3 HGB.

Für das Wissen oder Wissenmüssen (§ 932 BGB) genügt es, wenn ein gesamtvertretungsberechtigter Geschäftsführer Kenntnis von den betreffenden Umständen hatte.¹⁸⁵⁾ Es ist nicht erforderlich, daß er bei dem betreffenden Rechtsgeschäft mitgewirkt oder ihm zugestimmt hat.¹⁸⁶⁾ Das bewirkt seine Organisation, die ihn zu einem Teil der gesellschaftlichen Organisation macht. Sein Wissen gilt als Wissen der Gesellschaft.¹⁸⁷⁾ Dieser Grundsatz hat da praktische Bedeutung, wo es sich um Arglist, Täuschung, Bösgläubigkeit, Irrtum oder Kenntnis von Fristen handelt.

Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, und üben sie die Vertretungsbefugnis kollektiv aus, so kann einer von ihnen ermächtigt werden, bestimmte Rechtsgeschäfte allein für die Gesellschaft abzuschließen. Das ist im Gegensatz zur AG (§ 78 Abs. 4 S.1 AktG) und zur oHG (§ 125 Abs.2 S.2 HGB) im GmbHG nicht ausdrücklich geregelt, wird aber aus der rechtlichen Stellung der GmbH als Zwischenform der AG und oHG hergeleitet.¹⁸⁸⁾ Die Ermächtigung ist ihrer rechtlichen Natur nach eine Vollmacht i.S.v. § 167 BGB oder eine Handlungsvollmacht gem. § 54 HGB, die der ermächtigende Geschäftsführer im Namen der Gesellschaft erteilt.¹⁸⁹⁾ Gegen den rechtsgeschäftlichen Charakter dieser Ermächtigung wendet sich Schilling, der darin einen Organisationsakt sehen will, weil die Vertretungsbefugnis eines Geschäftsführers erweitert wird.¹⁹⁰⁾ Diese Ansicht ist abzulehnen, weil den Geschäftsführern ihre Vertretungsbefugnis von den Gesellschaftern durch einen Organisationsakt (die Bestellung) übertragen wird. In diesem Rahmen können sie aber nicht selbständig einen weiteren Or-

185) Cöing bei Staudinger, § 28 Anm. 10; Enneccerus-Nipperdey, § 109, IV.

Für die GmbH: Baumbach-Hueck, § 35 Anm. 5 C;

Für die AG: Schlegelberger-Quassowski, § 71 AktG Anm.18. Aus der Rspr.: RG in JW 1935, 2044; BGH in NJW 1956, 869.

186) a.M.: Scholz, § 35 Anm. 20; der sich dabei auf § 166 BGB beruft, dabei aber übersieht, daß der Geschäftsführer kein rechtsgeschäftlich bestellter Vertreter ist; RGZ 81, 433, 435 ff.

187) RG in JW 1935, 2044. 188) RGZ 81, 325, 329

189) RG in HRR 29, 1924; Scholz, § 35 Anm. 24;

Schlegelberger-Quassowski, § 71 Anm. 17.

190) bei Hachenburg, § 35 Anm. 13

ganisationsakt vornehmen. Sonst würde eine Handlung, für die allein die Gesellschafter zuständig sind, durch die Handlung eines unzuständigen Organs außer Kraft gesetzt. Ob einem von mehreren gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführern Generalvollmacht erteilt werden kann, ist bestritten.¹⁹¹⁾ Die Meinungen gehen schon darüber auseinander, ob eine Generalvollmacht grundsätzlich möglich ist. Das Reichsgericht lehnte eine Ermächtigung dieser Art für die GmbH grundsätzlich ab¹⁹²⁾, da dies eine Übertragung der gesamten Geschäftsführung bedeute und deshalb unzulässig sei. Dieser Auffassung haben sich verschiedene Autoren aus folgender Überlegung angeschlossen: Die Generalvollmacht widerspricht dem Wesen der Organschaft und damit der GmbH. Das Recht der Gesellschafter, die Geschäftsführer zu bestellen, kann dadurch ausgehöhlt werden. Außerdem wird eine Gefahr für die Sicherheit des Geschäftsverkehrs geschaffen, da der Generalbevollmächtigte - im Gegensatz zum Geschäftsführer - nicht im Handelsregister eingetragen wird.¹⁹³⁾

Gegen diese Argumente läßt sich folgendes anführen: Dem Wesen der GmbH widerspricht die Generalvollmacht deshalb nicht, weil sie sowohl für die AG (§ 78 Abs. 4 S.1 AktG) als auch für die oHG (§ 125 HGB) vorgesehen ist. Wenn - wie immer betont wird - die GmbH zwischen diesen beiden Gesellschaftsformen steht, muß die Generalbevollmächtigung auch hier möglich sein.¹⁹⁴⁾ Die Begründung, daß die Generalvollmacht nicht im Handelsregister eingetragen wird, ist deshalb nicht zwingend, weil die Erteilung der Handlungsvollmacht auch nicht eingetragen wird, obwohl sie im Gesetz vorgesehen ist, § 46 Ziff. 7. Das stärkste Argument, daß das Recht der Gesellschafter, die Geschäftsführer zu ernennen, auf diesem Weg ausgeschlossen werde, kann damit entkräftet werden, daß

191) Über den Stand der streitigen Meinungen vgl.: Spitzbarth: "Die rechtliche Stellung des Generalbevollmächtigten", in BB 1962, 851.

192) RGZ 86, 262, 265.

193) Kuttner in DR 1942, 1488; Schilling bei Hachenburg, § 35 Anm. 7; Ripfel in GmbHRdsch 1953, 181 ff.

194) So betont der BGH in NJW 1962, 738 f. ausdrücklich, daß die Erteilung einer Generalvollmacht weder dem Wesen einer natürlichen noch juristischen Person widerspricht.

die Generalvollmacht nicht durch die Geschäftsführer, sondern durch die Gesellschafter erteilt wird. Ihnen muß es überlassen bleiben, wie sie die Vertretungsbefugnis verteilen. Die Vertretungsmacht der Geschäftsführer wird dadurch nicht beeinträchtigt, da sie weiterhin unbeschränkt nach außen handeln können.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß die Erteilung einer Generalvollmacht durch das Organ zulässig ist, das auch die Geschäftsführer bestellt.¹⁹⁵⁾

Diese Regelung ist die gleiche wie bei der ExPrC. Ihr liegt der Gedanke zugrunde, daß es allein den Gesellschaftern überlassen bleiben soll, wem sie die Geschäftsführung übertragen. Könnten die einmal bestellten Organe ihre Befugnis weiter übertragen, würde das einen Eingriff in die Rechte der Gesellschafter bedeuten. Natürlich ist es sowohl den Gesellschaftern einer GmbH als auch einer ExPrC freigestellt, auf diese Rechte zu verzichten und sie auf ein anderes Gesellschaftsorgan zu übertragen.

195) so im Ergebnis: Patschovsky in DR 1943, 607;
Spitzbarth in BB 1962, 351.

§ 5: Die Geschäftsführung.

1. Die Geschäftsführung bei der GmbH.

Neben der Vertretungsmacht obliegt dem Geschäftsführer auch die Wahrnehmung der inneren Angelegenheiten der Gesellschaft, die eigentliche Geschäftsführung. In der Praxis wird eine strenge Trennung zwischen beiden Aufgaben nicht immer möglich sein, da meistens ein Handeln nach außen gleichzeitig ein Akt der inneren Geschäftsführung sein wird. Beide Handlungen erscheinen als eine einheitliche Tätigkeit. Eine rechtliche Unterscheidung ist trotzdem zu machen, so wie es das Gesetz in § 37 ausdrücklich vorsieht.

Im Gegensatz zur Vertretungsmacht ist die Geschäftsführungsbefugnis weder unbeschränkt noch unbeschränkbar. Die gesamte innere Verwaltung ist zwar Angelegenheit der Geschäftsführer¹⁹⁶⁾ und gehört zur allgemeinen Leitung des Unternehmens, doch können die Gesellschafter die Geschäftsführungsbefugnis beliebig einschränken, mit Ausnahme von bestimmten Handlungen, die vom Gesetzgeber zwingend den Geschäftsführern übertragen worden sind.¹⁹⁷⁾ Diese Beschränkungen können entweder schon in der Satzung festgelegt werden¹⁹⁸⁾ oder durch nachfolgenden Gesellschafterbeschuß. Grenzen ergeben sich - im Gegensatz zur Vertretungsbefugnis - schon aus dem Zweck der Gesellschaft und dem Gegenstand des Unternehmens.¹⁹⁹⁾ Will der Geschäftsführer Entscheidungen treffen, die diesen Rahmen überschreiten, wird er regelmäßig die Genehmigung der Gesellschafter einholen müssen. Die Beschränkungen können so weit gehen, daß die Geschäftsführung innerhalb der Gesellschaft von einzelnen Gesellschaftern oder dem Aufsichtsrat ausgeübt wird. Auf der anderen Seite kann die Geschäftsführungsbefugnis des Geschäftsführers über den im Gesetz vorgesehenen Rahmen erweitert werden, indem die Gesellschafter ihnen Aufgaben übertragen, für die sie eigent-

196) Das ergibt sich aus §§ 45, 46, wo nur bestimmte Angelegenheiten der Geschäftsführung ausdrücklich den Gesellschaftern übertragen sind.

197) vgl. §§ 40, 41, 64

198) Diese Möglichkeit ist nicht zu empfehlen, da für jede Änderung der Beschränkungen eine Satzungsänderung erforderlich ist.

199) Feine, S. 495; Scheinmann, S. 39; RGZ 115, 246, 249

lich zuständig sind. Eine solche Delegation ist immer dann möglich, wenn es sich nicht um zwingendes Recht handelt, § 45 Abs. 2.

Den einzelnen Geschäftsführern werden die Beschränkungen ihrer Geschäftsführungsbefugnis durch eine in der Hauptversammlung vorgesehene Geschäftsverteilung auferlegt. Eine Aufteilung der Geschäfte kann nach persönlichen, örtlichen und sachlichen Gesichtspunkten erfolgen. Eine Beschränkung persönlicher Art liegt dann vor, wenn einem von mehreren Geschäftsführern weitergehende Handlungsbefugnisse eingeräumt werden als den übrigen, d.h. wenn eine Einteilung in Haupt- und Untergeschäftsführer vorgenommen wird oder wenn ein Vorsitz der Geschäftsführung bestellt wird. Von einer Aufteilung nach örtlichen Gesichtspunkten spricht man dann, wenn ein Geschäftsführer nur für den Hauptbetrieb, ein weiterer nur für das Filialunternehmen geschäftsführungsbefugt ist. Die wohl häufigsten Beschränkungen erfolgen auf sachlichem Gebiet bei größeren Gesellschaften mit verschiedenen Betriebszweigen. Hier werden sowohl kaufmännische (Einkaufs-Verkaufsdirektor) als auch technische (Betriebsleiter) oder Verwaltungsdirektoren bestellt. Sie sind für diesen bestimmten Geschäftsbereich zuständig und verantwortlich und leiten ihre Ressorts selbständig. Die Geschäftsverteilung kann von den Geschäftsführern selbst vorgenommen werden, wenn eine dahingehende Ermächtigung durch die Gesellschafter gegeben worden ist.

Bei Schweigen des Gesellschaftsvertrages und bei Fehlen einer Geschäftsverteilung durch die Gesellschafterversammlung sind mehrere Geschäftsführer gesamtgeschäftsführungsbefugt.²⁰⁰⁾ Das ist zwar im GmbHG nicht ausdrücklich festgelegt, ergibt sich aber aus § 35 Abs. 2 S. 2. Die gleiche Regelung, die

200) so die h.M.: Scheinmann, S. 41; Liebmann-Saenger, § 35 Anm. 15; Scholz, § 37 Anm. 2; Baumbach-Hueck, § 35 1 A. a.M.: Simon in ZHR 49, 12, der entsprechend § 28 BGB eine Mehrheitsentscheidung der Geschäftsführer verlangt; Schilling bei Hachenburg, § 35 Anm. 34a vertritt das negative Konsensprinzip, wie es für die oHG gilt, § 115 HGB, und die sich daraus ergebende Einzelgeschäftsführungsbefugnis.

für das Außenverhältnis (Gesamtvertretung) gilt, soll auch auf die innere Geschäftsführung Anwendung finden. Das Kollegialprinzip besagt, daß Beschlüsse einstimmig gefaßt werden müssen. Stimmt nur ein Geschäftsführer dagegen, ist der Beschluß nicht wirksam zustande gekommen (positives Konsensprinzip).

2. Den Geschäftsführern obliegt die Leitung des Betriebes und damit die Erledigung und Abwicklung aller Geschäfte.

Die eigentliche Betriebsleitung im engeren Sinn umfaßt den Einkauf, den Verkauf, die Lagerhaltung, die Marktforschung, den Arbeitsablauf, die Fertigungsvorgänge, die Kostengestaltung und die Kalkulation. Auf welche Aufgaben dabei besonders zu achten ist, hängt von der Art des Betriebes ab, ob es sich z.B. um einen Fertigungs- oder Dienstleistungsbetrieb handelt.²⁰¹⁾ Die einzelnen Pflichten und Aufgaben sind im Gesetz nicht geregelt, sondern ergeben sich aus dem Geschäftsbereich der Gesellschaft.

Genaue Regelungen sind dagegen über große Teile des Rechnungswesens getroffen worden. So schreibt § 41 vor, daß die Geschäftsführer verpflichtet sind, für eine ordnungsgemäße Buchführung zu sorgen, eine Bilanz, eine Gewinn- und Verlustrechnung in einer bestimmten Zeit aufzustellen. Welche Art der Buchführung dabei gewählt wird, hängt von den Erfordernissen des Betriebs ab. Sie muß nur so sorgfältig geführt werden, daß sie jederzeit einen klaren Aufschluß und Überblick über die Geschäfts- und Vermögenslage der Gesellschaft gibt. Wie die Bilanz zu erstellen oder zu gliedern ist, ist im GmbHG nicht genau festgelegt.²⁰²⁾ Deshalb sind die ausführlichen Regelungen des AktG, besonders §§ 151, 152 analog auf die GmbH anwendbar.²⁰³⁾

201) Sudhoff, S. 40

202) Eine Ausnahme ist § 42, der aber nur allgemeine Hinweise gibt.

203) Schilling bei Hachenburg, § 42 Anm. 3-5.

Die Buchführung und die Bilanzaufstellung braucht zwar nicht von den Geschäftsführern persönlich vorgenommen zu werden. Sie sind aber zusammen verpflichtet, die Eintragungen und Abschlüsse zu überprüfen und damit für die Richtigkeit verantwortlich. Sie können sich nicht damit entschuldigen, daß sie eine Bilanz nicht lesen können.²⁰⁴⁾

Neben dieser Betriebsleitung im engeren Sinn haben die Geschäftsführer Aufgaben zu erfüllen, die im gesellschaftsrechtlichen Bereich liegen und die man als soziale Pflichten bezeichnen kann. Dazu gehört die Einberufung und Vorbereitung der Gesellschafterversammlung, § 49, die in der Regel für Beschlüsse über den Gesellschaftsgegenstand zuständig ist. Zu diesen Aufgaben gehört weiterhin die Bekanntgabe des Ausschlusses eines Gesellschafters gem. § 21 und dafür zu sorgen, daß die Stammeinlagen erbracht werden.

Als dritte Gruppe gehören zur Geschäftsführung öffentlichrechtliche Pflichten. Die Geschäftsführer müssen die GmbH zum Handelsregister anmelden § 78 und dem Registergericht eine Erhöhung oder Herabsetzung des Stammkapitals bekannt geben, §§ 78 i.V.m. 57,58. Alljährlich müssen sie eine Liste der Gesellschafter beim Handelsregister einreichen, die bestimmten Erfordernissen entsprechen muß. Endlich müssen sie ohne schuldhaftes Zögern den Konkurs anmelden, §§ 64, 65. Im Liquidationsverfahren werden sie kraft Gesetzes Liquidatoren, wenn im Gesellschaftsvertrag oder durch einen Gesellschafterbeschuß nichts anderes bestimmt ist, § 66.

Die Aufgaben und Pflichten, die der Gesetzgeber den Geschäftsführern ausdrücklich zugewiesen hat, können ihnen weder durch die Satzung noch durch einen Gesellschafterbeschuß entzogen werden, da sie den Geschäftsführern im öffentlichen Interesse auferlegt worden sind.²⁰⁵⁾

Bei der Ausführung dieser Aufgaben haben die Geschäftsführer die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden, § 43 Abs.1. Dieser objektive Maßstab entspricht nicht dem eines ordentlichen Kaufmannes, wie ihn § 347 Abs. 1 HGB enthält. Der Sorgfaltsmaßstab des Geschäftsführers kann sowohl weiter als auch enger sein. Der Umfang wird durch die

204) Scheinmann, S. 43

205) Feine, S. 498.

besondere Lage des Falles bestimmt. An einen Geschäftsführer einer GmbH, die ideale Zwecke verfolgt, sind andere Ansprüche zu stellen, als an den Geschäftsführer eines Industriebetriebes.²⁰⁶⁾

3. Die Geschäftsführung bei der Ex.PrC.

Da im englischen Recht nicht die strenge Trennung zwischen Vertretung nach außen und Geschäftsführung nach innen gemacht wird, bedeutet eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis gleichzeitig eine Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis.

Dem managing director obliegt die Führung der laufenden Geschäfte der Gesellschaft. Dieser Rahmen kann durch den board in dem Maße beschränkt oder erweitert werden, wie das Direktorenkollegium es für zweckmäßig hält. Während der Umfang der Geschäftsführungsbefugnis eines Geschäftsführers einer GmbH schon in der Satzung durch die Gesellschafter festgelegt werden kann, wird er bei der Ex.PrC regelmäßig erst im Anstellungsvertrag, den der board als Vertreter der Gesellschaft mit dem managing director schließt, bzw. im Beststellungsbeschluß, wenn kein besonderer Dienstvertrag geschlossen wurde, näher bestimmt. Wird die laufende Geschäftsführung durch den board als Kollegium ausgeübt, kann sie nicht durch Eingriffe der Gesellschafter eingeschränkt werden. Delegieren die Direktoren diese Befugnis auf eins ihrer Mitglieder, können sie ihren Umfang nach freiem Ermessen bestimmen. Im Gegensatz zur GmbH sind also nicht die Gesellschafter für eine Beschränkung oder Erweiterung zuständig, sondern die von ihnen ernannten Direktoren. Ihr Einfluß auf die tagtäglichen Geschäfte ist geringer als der der Mitglieder einer GmbH, die den Rahmen jederzeit ändern können, falls er nicht in der Satzung festgelegt ist. Die Dreigliederung Gesellschafter - board - managing director führt zu einer Einschränkung der Rechte der einzelnen Gesellschafter. Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis des managing director ergeben sich in doppelter Hinsicht:

- a) aus der Handlungsfähigkeit der Gesellschaft selbst, und
- b) aus dem Umfang der Delegation durch den board.

206) Baumbach-Hueck, § 43 Anm. 2 A

Im Gegensatz zur GmbH wird die Beschränkung nicht in Form einer Geschäftsverteilung durch die Gesellschafter vorgenommen, weil die Zahl der managing directors viel kleiner ist als die der Geschäftsführer. In den allerwenigsten Fällen hat eine Ex.PrC mehr als einen managing und mehr als zwei oder drei ordinary directors. Der managing director ist im allgemeinen für die gesamte Geschäftsführung verantwortlich. Neben ihrer Überwachungsfunktion werden die übrigen Direktoren mit bestimmten Aufgaben betraut, z.B. mit der Führung der Einkaufs - Verkaufs- oder Personalabteilung. Sie werden entweder vom board oder vom managing director bestellt, falls die Direktoren ihn dazu ermächtigen. Die Mitglieder des board, die einzelne Aufgaben in der Geschäftsführung wahrnehmen, nennt man executive oder serving directors. Sie unterscheiden sich in dieser Beziehung nicht von einem Angestellten. Mit dem managing director sind sie nicht zu vergleichen. Sie nehmen eine untergeordnete Stellung ein.²⁰⁷⁾ Während das GmbHG allen Geschäftsführern nach außen die gleiche Position gewährt - gleichgültig, ob es sich um Haupt- oder Untergeschäftsführer handelt -, und nur im innergesellschaftlichen Bereich eine Abstufung vornimmt, erfolgt bei der Ex.PrC eine Differenzierung der einzelnen an der Geschäftsführung beteiligten Personen sowohl nach außen als auch nach innen. Im allgemeinen deckt sich die Vertretungsbefugnis des managing director mit seiner Geschäftsführungsbefugnis. Sind mehrere Personen zu managing directors ernannt worden, bestimmt sich ihre Geschäftsführungsbefugnis danach, in welchem Umfang der board sie auf den einzelnen überträgt. Auf diesem Weg könnte eine Geschäftsverteilung vorgenommen werden. Es ist allerdings in diesem Fall üblich, daß beiden managing directors die gleiche Befugnis übertragen wird, wenn die Gesellschaft sich nicht in verschiedenen, sehr umfangreichen Handels- oder Produktionszweigen betätigt. Eine Aufteilung nach Betriebszweigen ist nicht üblich. Die Leitung einzelner Abteilungen bleibt Aufgabe der executive directors.

4. Hinsichtlich des Umfangs der Betriebsleitung dürften sich keine wesentlichen Unterschiede zur GmbH ergeben, da Fragen

207) Gower, S. 130

des Ein- oder Verkaufs, der Marktforschung oder der Produktion keine rechtlichen, sondern tatsächliche sind und sich nach Art und Umfang des Betriebes richten. Eine gesetzliche Spezialkonzeption dieser Aufgaben ist nicht möglich.

Im Gegensatz zum deutschen Recht schreibt das englische Handelsrecht nicht vor, daß jede Firma buchführungs- oder bilanzpflichtig ist. Nach dem Bankruptcy Act macht sich aber derjenige strafbar, der zwei Jahre vor Konkurseröffnung nicht oder unordentlich die erforderlichen Geschäftsbücher geführt hat.²⁰⁸⁾ Insoweit besteht eine indirekte Buchführungspflicht, die aber nur dann Bedeutung erlangt, wenn die Firma in Konkurs geht.

Für das Gesellschaftsrecht hat der Gesetzgeber im Companies Act von 1948 eine gesetzliche Buchführungs- und Bilanzpflicht vorgeschrieben, s. 147 ff. Danach sind die Direktoren verpflichtet, die Bücher zu führen, aus denen alle Zahlungsvorgänge der Gesellschaft ersichtlich sind, und die eine Aufstellung von allen Ein- und Verkäufen, von Forderungen und Verbindlichkeiten der Gesellschaft enthalten, s.147. Diese Bücher müssen am Sitz der Gesellschaft geführt werden. Weiterhin muß spätestens 18 Monate nach Gründung der Gesellschaft und dann für jedes folgende Kalenderjahr eine Gewinn- und Verlustrechnung und eine Bilanz den Gesellschaftern in der Hauptversammlung vorgelegt werden, s.148,1,2, aus der sich ein genauer und den Tatsachen entsprechender Überblick über die Vermögenslage der Gesellschaft ergibt, s.149,1.²⁰⁹⁾ Jeder Direktor, der gegen eine dieser Pflichten verstößt, kann mit Gefängnis bis zu 6 Monaten oder mit einer Geldbuße bis zu £ 200 bestraft werden, ss.147,4; 148,3; 149,6.

Sowohl die gesellschaftsrechtlichen Pflichten - Vorbereitung und Einberufung der Gesellschafterversammlung s.103 - als auch die gegenüber der Öffentlichkeit und dem Registeramt - Einreichung des annual return (Jahresbericht) s.124, Protokollführung bei der Gesellschafter- und Direktorenversammlung s.145, Führung der Personallisten ss.110/200 die na-

²⁰⁸⁾ Bankruptcy Act 1914, s. 158.

²⁰⁹⁾ Ein ausführliches Muster für eine Gewinn- und Verlustrechnung und für eine Bilanz enthält Schedule VIII zum CA 1948.

mentliche Nennung der Direktoren auf den Geschäftspapieren s.201 - gehören zum Aufgabenbereich des board, der sie dann regelmäßig auf den managing director und den Sekretär überträgt, dessen Aufgabe es ist, die Listen aufzustellen und weiter zu führen. Hier zeigt sich die Aufgabenteilung innerhalb der Betriebsführung: die Vertretung nach außen obliegt dem managing director, wogegen die innere Organisation zum Aufgabenbereich des secretary gehört. Die Bedeutung seiner Stellung im innergesellschaftlichen Bereich wird daran erkennbar, daß bestimmte Urkunden sowohl vom Direktor als auch vom Sekretär unterschrieben werden müssen art. 113, und daß der Jahresbericht von beiden unterzeichnet sein muß, s.126,1. Die Aufgaben, die nicht ausdrücklich durch das Gesetz auf den Sekretär übertragen worden sind, führt er unter der Aufsicht des board oder des managing director aus. Seine strafrechtliche Verantwortung bei Straftaten gegen die Gesellschaft wird immer mehr der eines Direktors angeglichen.²¹⁰⁾ In vielen Fällen ist er gleichzeitig ordinary director. Das mag die Bedeutung seiner Stellung unterstreichen.

Größere Gesellschaften gehen dazu über, keinen eigenen Sekretär mehr zu ernennen, sondern dessen Aufgaben auf dafür spezialisierte Firmen zu übertragen.²¹¹⁾

Im Gegensatz zu § 66 werden die Geschäftsführer einer Ex.PrC nicht kraft Gesetzes Liquidatoren. Sie und die anderen Angestellten der Gesellschaft verlieren ihre Stellung, da mit Beginn des Liquidationsverfahrens ihre Verträge fristlos gekündigt sind²¹²⁾, weil unterstellt wird, daß die Gesellschaft in diesem Zeitpunkt nicht mehr in der Lage ist, bestehende Verträge zu erfüllen. Dies gilt jedenfalls für die Zwangsliquidation (compulsory winding up). Bestritten ist, ob diese Folge auch bei einer freiwilligen Liquidation (voluntary liquidation) eintritt. Es dürfte heute h.M. sein, daß durch einen freiwilligen Liquidationsbeschluß allein die Dienstverträge nicht erlöschen. Zu diesem Beschluß muß hinzukommen, daß die Gesellschaft in irgendeiner Weise zu er-

210) Pennington, S. 415

211) Pennington, S. 416

212) Re Imperial Wine Company (Sheriff's Case) (1872) 14 Eq. 417, 418.

kennen gibt, daß sie das Dienstverhältnis nicht verlängern will, obwohl sie finanziell dazu in der Lage wäre. Dieser Ansicht hat auch der Gesetzgeber Rechnung getragen, indem er festlegte, daß bei einer freiwilligen Liquidation die Direktoren mit Einwilligung des Liquidators oder der Gesellschaftsgläubiger ihre Ämter weiterhin behalten können, s.285,2; s. 296,2. Zu Liquidatoren selbst werden sie allerdings üblicherweise nicht bestellt. Diese Aufgaben werden von vereidigten Wirtschaftsprüfern wahrgenommen. Dadurch soll verhindert werden, daß im Abwicklungsverfahren Manipulationen mit dem Gesellschaftsvermögen zum Nachteil der Gläubiger vorgenommen werden.

5. Der Maßstab der Sorgfaltspflicht.

Das englische Recht kennt keinen objektiven Sorgfaltsmaßstab für die Direktoren, den sie bei der Geschäftsführung beachten müssen. Der Umfang hängt von der Art des Betriebes, von der Anzahl der Direktoren und von dem Geschäftsführungsvertrag ab. Bei der Beurteilung, ob ein Direktor seine Sorgfaltspflicht verletzt hat, ist neben den schon erwähnten Kriterien seine persönliche Qualifikation zu beachten.²¹³⁾

In den von den Gerichten entschiedenen Fällen zeichnen sich vier Hauptregeln ab, die die Sorgfaltspflicht der Direktoren betreffen.²¹⁴⁾

- a) Der Geschäftsführer muß ehrlich und aufrichtig(honestly) handeln. Das bedeutet soviel, daß er bei allen Handlungen, die er im Namen der Gesellschaft vornimmt, die Interessen der Gesellschaft wahrnehmen muß und sich dabei nicht von fremden Erwägungen beeinflussen lassen darf.
- b) Bei der Geschäftsführung muß der Direktor ein angemessenes Maß von Sorgfalt und Erfahrung (reasonable care and skill) neben dem aufrichtigen Handeln beachten. Eine Verletzung dieser Sorgfaltspflicht kann schon dadurch erfolgen, daß er nicht regelmäßig an den Sitzungen des board teilnimmt.²¹⁵⁾

213) Palmer, S. 563

214) Re City Equitable Fire Insurance Co./1925/ 1 Ch. 407, 427 ff. In diesem Urteil ist eine fast vollständige Zusammenfassung und Erörterung der vorhergehenden Rechtsprechung gegeben.

215.) Re Forest of Dean Company (1878) 10 Ch.D. 450, 452

- c) Maßstab für diesen Rahmen ist sowohl die Art des Geschäfts, als auch die Person des betreffenden Direktors, an die keine größeren Ansprüche hinsichtlich seiner Qualifikation gestellt werden, als an jeden anderen Menschen. Dieser Maßstab entspricht dem eines Privatmannes, der seine eigenen Angelegenheiten wahrnimmt.²¹⁶⁾
- d) In bestimmten Fällen können die Direktoren deshalb der Gesellschaft nicht angehörende Spezialisten um Rat fragen und sich auf deren Auskünfte ohne weitere Nachforschungen verlassen.²¹⁷⁾ Das gleiche gilt für Auskünfte und Informationen eines Mitdirektors oder eines managing directors.²¹⁸⁾ Eine Nachprüfung fremder Angaben muß nur dann erfolgen, wenn ein berechtigter Grund Anlaß zum Mißtrauen gibt.

Früher wurde vertreten, daß der Direktor bei Verletzung dieser Sorgfaltspflicht der Gesellschaft gegenüber nur dann schadensersatzpflichtig ist, wenn er grob fahrlässig (gross negligence) gehandelt hat.²¹⁹⁾ Da diese Einschränkung das Maß an Sorgfalt auf ein Minimum reduzierte, wurde diese Rechtsprechung später ausdrücklich aufgegeben und der Ersatzanspruch bei jeder fahrlässigen Pflichtverletzung zuerkannt.²²⁰⁾

Der Jenkins-Report schlägt vor, das Maß der bei der Geschäftsführung anzuwendenden Sorgfalt gesetzlich festzulegen, und zwar in folgender Form: Der Direktor soll der Gesellschaft gegenüber bei jedem Geschäft, das er in ihrem Namen abschließt, die größte Redlichkeit (utmost good faith) beachten. Bei der Ausübung seines Amtes und der Erfüllung seiner Pflichten soll er ehrlich (honestly) handeln.²²¹⁾

Trotz der Verschärfung, daß jede Art von Fahrlässigkeit genügt, um eine Schadensersatzpflicht zu begründen, ist das

216) *Lagunas Nitrate Co. v. Lagunas Syndicate* /1899/ 2 Ch. 392, 435.

Re Brazilian Rubber Plantations and Estates Ltd. /1911/ 1 Ch. 425, 437.

217) *Sheffield and South Yorkshire Permanent Building Society v. Aizlewood* (1890) 44 Ch.D. 412, 458 f.

218) *Dovey v. Cory* /1901/ A.C. 477, 492

219) *Re National Bank of Wales, Ltd.* /1899/ 2 Ch. 629, 672 f.

220) *Re City Equitable Fire Insurance Co.* /1925/ 1 Ch. 407, 427 f.

221) Jenkins-Report, § 99, a, 1.

Maß der Sorgfalt eines Direktors einer Ex.PrC viel geringer als das eines Geschäftsführers einer GmbH. In England ist neben anderen Umständen die persönliche Fähigkeit des betreffenden Direktors mitentscheidend. Für den Geschäftsführer in Deutschland gilt dagegen ein objektiver Maßstab, § 43 Abs. 1. Er kann sich bei einer Pflichtverletzung nicht darauf berufen, daß die an ihn gestellten Anforderungen seine persönlichen Fähigkeiten überschritten hätten. In diesem Fall liegt das Verschulden schon in der Übernahme des Amtes. Die Sorgfaltspflicht des Direktors einer Ex.PrC ist sowohl in objektiver als auch subjektiver Hinsicht geringer, objektiv deswegen, weil er nur so zu handeln braucht wie jeder andere in dieser Situation, subjektiv deshalb, weil er nur das Maß von Sorgfalt anwenden muß, das seiner persönlichen Qualifikation entspricht.

Mit Recht bezweifelt Pennington, ob dieser Maßstab noch den heutigen Erfordernissen entspricht, besonders, ob er auch für einen managing director gilt, wenn man davon ausgeht, daß die oben zitierten Urteile zu einer Zeit gefällt wurden, als die laufenden Geschäfte noch vom board als Kollegium geführt wurden.²²²⁾ Da die eigentliche Geschäftsführung heute in fast allen Gesellschaften auf einen managing director übertragen worden ist, der in diesem Geschäftsbereich eine spezielle Ausbildung erfahren hat, wäre zu überlegen, ob man die Sorgfaltspflicht nicht nach objektiven Gesichtspunkten beurteilen und gesetzlich festlegen soll. Außerdem regt Pennington an, ihm die generelle Pflicht aufzuerlegen, die Handlungen der übrigen Gesellschaftsangestellten zu überwachen. Diese Verschärfung wird allerdings nicht für die ordinary, sondern nur für den managing director, den eigentlichen Geschäftsführer gefordert.

Darin wäre dann eine Annäherung der Stellung des Direktors einer Ex.PrC an die des Geschäftsführers einer GmbH zu sehen, die auch den heutigen wirtschaftlichen und geschäftlichen Bedingungen eher entsprechen würde.

222) Pennington, S. 409 f.

§ 6: Die übrigen Rechte und Pflichten der Geschäftsführer.

1. Der Vergütungsanspruch des GmbH-Geschäftsführers.

Es wird nur selten vorkommen, daß das schuldrechtliche Verhältnis zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer ein Auftrag gem. §§ 662 ff BGB ist. In den meisten Fällen wird zwischen den Parteien ein Dienstvertrag bestehen, auf den die §§ 611 ff BGB Anwendung finden. Gem. § 612 BGB würde dann, wenn eine Vergütung nicht ausdrücklich vereinbart worden ist, eine stillschweigende Abmachung als getroffen anzusehen sein, nach der die Höhe der Vergütung nach einer Taxe oder der allgemeinen Übung zu errechnen wäre, § 612 Abs. 2 BGB. Mit dieser Regelung ist in der Praxis nicht viel anzufangen, da es für die Geschäftsführer weder Taxen noch übliche Vergütungen gibt.^{222a)} Die Höhe des Gehaltes richtet sich immer nach dem Umfang des Betriebes und der beruflichen Qualifikation des einzelnen Geschäftsführers. Deshalb wird über diesen Punkt in fast allen Anstellungsverträgen eine genaue Regelung getroffen.

Allgemein ist es üblich, daß ein festes Grundgehalt (Fixum) vereinbart wird. Hinzu kommen dann Zuschläge in Form von Tantiemen, Provisionen und Gratifikationen. Die Tantieme kann nach der Höhe des Reingewinns oder des Umsatzes (Umsatzprovision) berechnet werden. Die Gratifikation unterscheidet sich von der Tantieme dadurch, daß sie nicht vom Gewinn oder Umsatz abhängig ist. Es handelt sich um einen bestimmten Betrag, der am Ende eines Geschäftsjahres von der Gesellschaft festgesetzt wird.²²³⁾

Die Verkoppelung von fester und beweglicher Vergütung hat den Vorteil, daß die Einkünfte des Geschäftsführers von der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens abhängig sind, für die er maßgeblich verantwortlich ist. Die besondere unternehmerische Initiative soll dadurch berücksichtigt werden.²²⁴⁾ Für die Höhe der beweglichen Vergütung soll der Umfang der Gesellschaft, die Person des Geschäftsführers, der Zweck der Zuwendung und das fixe Grundgehalt Maßstab

^{222a)} Sudhoff, S. 15

²²³⁾ Schilling bei Hachenburg, § 35 Anm. 47

²²⁴⁾ vgl. dazu Kremer in GmbHRdsch. 1959, 233

sein.²²⁵⁾ Neben diesen ökonomischen spielen auch noch steuerliche Gründe eine Rolle, da dadurch der körperschaftssteuerpflichtige Gewinn der Gesellschaft vermindert wird. Diese Frage ist besonders für die Gesellschafter-Geschäftsführer von großer Bedeutung, da auf diesem Weg ein Teil des Gewinns der Doppelbesteuerung entzogen werden kann.

Zu diesen Bezügen können noch weitere Vergünstigungen hinzukommen, wie die Gewährung einer Pension oder einer Hinterbliebenenversorgung, verbilligte Sachbezüge, eine Dienstwohnung, die unentgeltliche private Benutzung eines Kraftwagens oder die kostenlose Zurverfügungstellung von Arbeitern der Gesellschaft.

Ein besonderes Problem in diesem Zusammenhang bildet die Angemessenheit der Bezüge der Gesellschafter-Geschäftsführer hinsichtlich einer verdeckten Gewinnausschüttung der Gesellschaft. Der BGH hat entschieden, daß die Gesamtheit der Bezüge eines Geschäftsführers, unter Einbeziehung aller Vergünstigungen nur dann als Unkosten vom Gewinn abzuziehen sind, wenn sie in einem angemessenen Verhältnis zur Arbeitsleistung stehen. Eine verdeckte Gewinnausschüttung liegt dann vor, wenn diese Grenze erheblich überschritten wird.²²⁶⁾ Bei der Beurteilung ist allerdings ein großzügiger Maßstab anzulegen. Alle Zuwendungen, die über diesen Rahmen hinausgehen, gelten als verdeckte Gewinnausschüttung und sind deshalb körperschaftssteuerpflichtig.²²⁷⁾

2. Die Vergütung der Direktoren einer Ex.PrC.

Bei dem Vergütungsanspruch ist zu unterscheiden zwischen dem des ordinary und dem des managing directors. Beiden gemeinsam ist, daß sie nur gewährt werden können, wenn die Satzung eine entsprechende Regelung enthält.²²⁸⁾ Ist das nicht der Fall, dann kann ihnen eine Vergütung in irgendeiner Form nicht gezahlt werden, selbst wenn ein dahingehender einstimmiger Gesellschafterbeschluß gefaßt werden sollte. Dann

225) Sudhoff in GmbHRdsch. 1963, 3

226) so das Urteil des BFH in BStBl.III, 1958, 229 ff.

227) Ausführlich behandelt Spitaler diese Fragen in seiner Schrift: "Die Angemessenheit der Bezüge Geschäftsführender Gesellschafter einer GmbH", Köln 1958.

228) Re George Newman & Co. /1895/ 1 Ch. 674, 686

bleibt nur noch die Möglichkeit einer Satzungsänderung übrig²²⁹⁾, die aber keine rückwirkende Ermächtigung begründet. Die Direktoren haben lediglich einen Anspruch auf Ersetzung ihrer Auslagen, die bei der Wahrnehmung der Interessen der Gesellschaft entstanden sind. Dagegen müssen Mitglieder des board, denen eine feste Vergütung gezahlt wird, diese Ausgaben selbst bestreiten²³⁰⁾, falls die Satzung nicht irgendetwas anderes vorsieht, vgl. art. 76.

Die Vergütung der ordinary directors wird bei einer entsprechenden Ermächtigung in der Satzung durch einen Beschluß der Gesellschafter in der Hauptversammlung festgelegt, art. 76. Sie kann für ein Jahr gewährt werden - das ist der übliche Fall - oder in jeder Gesellschafterversammlung neu bestimmt werden. Die Mustersatzung läßt beide Möglichkeiten offen, indem sie sagt, daß die Gesellschafter von Zeit zu Zeit darüber entscheiden sollen, art. 76. Das beinhaltet gleichzeitig das Recht, die einmal festgesetzte Vergütung jederzeit nach oben oder unten beliebig zu verändern. Im Unterschied zum deutschen Recht - § 612 BGB - besteht keine Verpflichtung der Gesellschaft zur Zahlung einer Vergütung bei Fehlen einer entsprechenden Vorschrift in der Satzung, wobei sich die Höhe des Anspruchs nach allgemeinen Maßstäben richten würde. Die ordinary directors sind in dieser Hinsicht nicht mit den Geschäftsführern einer GmbH identisch, da sie nicht ihre ganze Arbeitszeit für das management der Gesellschaft verwenden. Ihre Aufgabe besteht vielmehr darin, an den gelegentlichen Sitzungen des board teilzunehmen, in denen eine Generalgeschäftsführungslinie festgelegt und deren Ausführung durch den managing director überwacht wird.

Diese Regelung kann nicht für den managing director gelten, da er im Unterschied zu den übrigen Mitgliedern des board seine ganze Arbeitskraft und Zeit für die Gesellschaft einsetzt. Während bei den ordinary directors die Vergütung mehr den Charakter einer Aufwandsentschädigung hat, muß die Summe, die den eigentlichen Geschäftsführern gezahlt wird, als Gehalt für geleistete Dienste angesehen werden. Die üb-

229) Pennington, S. 386

230) Young v. Naval, Military and Civil Service Co-operative Society of South Africa /1905/ 1 K.B. 687, 694

liche Ermächtigung des board in der Satzung, die laufende Geschäftsführung auf eins seiner Mitglieder zu übertragen, enthält im allgemeinen auch eine Vorschrift, auf Grund deren er berechtigt ist, dessen Gehalt nach eigenem Ermessen festzusetzen, art. 108. Ohne eine solche Klausel kann weder der board noch die Gesellschafter dem managing director eine Vergütung gewähren. Er hat dann lediglich einen Anspruch auf Rückerstattung seiner direkten Auslagen, die er zugunsten der Gesellschaft gemacht hat. In diesem Fall unterscheidet er sich nicht von einem ordinary director.

Die Entscheidung darüber, wie sich das Gehalt des geschäftsführenden Direktors zusammensetzt, bleibt dem board überlassen. Die Vergütung kann wie bei der GmbH in einem Fixum bestehen, zu dem die verschiedenen Zuschläge in Form von Tantiemen und Provisionen (commission) hinzukommen können, art. 108. Diese Form ist in England allerdings nicht so gebräuchlich wie in Deutschland. Um die gleiche Wirkung zu erreichen - ein persönliches Interesse des Geschäftsführers an der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens - ist es allgemein üblich, den einzelnen Direktor zu verpflichten, innerhalb einer bestimmten Zeit nach Übernahme des Amtes, eine bestimmte Anzahl von Aktien der Gesellschaft zu erwerben.²³¹⁾ Außerdem gibt die Gesellschaft von Zeit zu Zeit Bezugsrechte für Stammaktien an die Direktoren aus, wobei der Preis, der für die Aktien zu zahlen ist, sich nach dem Datum der Ausgabe des Bezugsrechts und nicht dem der Aktie richtet. Im allgemeinen bedeutet dies ein finanzieller Vorteil für die Direktoren, da mit der Entwicklung des Unternehmens eine höhere Notierung der Aktien verbunden ist. Bei dieser Art von Aktien wird zu Beginn des Geschäftsjahres eine bestimmte Dividende festgesetzt, die ausgezahlt wird, bevor eine Gewinnausschüttung auf die anderen Papiere erfolgt.²³²⁾ Diese Dividende kann nur dann ausgezahlt werden, wenn die Gesellschaft einen Gewinn erzielt hat ("out of profits" or "profits

231) vgl. s. 182 und art. 77. Im Gegensatz zu den früheren Companies Acts ist es heute nicht mehr obligatorisch, daß der einzelne Direktor eine bestimmte Anzahl von Aktien übernimmt.

232) Pennington, S. 136 f.

available for dividends"). Die Dividende richtet sich nach dem Nettogewinn, der nach Abzug aller Verpflichtungen der Gesellschaft übrigbleibt. Sollte das vergangene Geschäftsjahr mit einem Verlust abgeschlossen worden sein, wird dieser bei der Dividendenberechnung vom Gewinn des laufenden Geschäftsjahres abgezogen. Mit dieser Regelung wird das gleiche Ziel erreicht wie mit einer Tantieme oder Gratifikation, eine Beteiligung der Direktoren am Gewinn der Gesellschaft. Sie unterscheidet sich nur dadurch von der in Deutschland üblichen Form, daß die Direktoren direkt am Gesellschaftskapital beteiligt werden. Diese preference shares sind grundsätzlich ohne Stimmrecht. Im Gegensatz zum deutschen Recht war diese Regelung bei einer Ex.PrC möglich, da in England das System der Doppelbesteuerung nicht galt.²³³⁾ Bei einer GmbH wäre der Gewinn der Gesellschaft einmal körperschaftssteuerpflichtig und die an den einzelnen Gesellschafter ausgezahlte Dividende nochmals einkommensteuerpflichtig.

3. Hier soll kurz auf das englische Steuersystem eingegangen werden, das juristische und natürliche Personen betrifft. Vor der Steuerreform von 1965 zahlten beide eine income tax in Höhe von 41,25 % für jede Art von Einkommen. Bei der Kapitalgesellschaft spielte es keine Rolle, ob sie den erwirtschafteten Gewinn ausschüttete oder einbehielt. Wurde er ausgeschüttet, konnte die Gesellschaft die von ihr gezahlte income tax von der Dividende abziehen, die auf den einzelnen Gesellschafter entfiel. Das bedeutete eine Steuerabwälzung von der Gesellschaft auf den einzelnen Aktionär, für den die ausgezahlte Dividende aber nicht mehr income tax-pflichtig war. Er mußte sie nur noch in seiner Steuererklärung angeben, da sie u.U. surtax-pflichtig sein konnte. Das ist eine progressive Ergänzungssteuer für natürliche Personen mit einem Einkommen von mehr als £ 2000 jährlich, die zwischen 15 % und 50 % lag. Die Steuerrückstufgrenze wurde bei einem jährlichen Einkommen von £ 15000 erreicht. Damit konnte sich eine gesamte Steuerbelastung von 91,25 % ergeben.

Dadurch wurde die Doppelbesteuerung des Gewinns einer Gesellschaft und der an die Gesellschafter ausgeschütteten Di-

233) Wie sich die Änderung des Steuerrechts - die im nächsten Kapitel behandelt ist - zu dieser Frage verhält, ist noch nicht zu entscheiden.

vidende verhindert. Da die Gesellschaft die von ihr gezahlte incometax auf den einzelnen Aktionär abwälzen konnte, bestand für sie ein Anreiz, einen möglichst großen Teil des Gewinns auszuschütten und keine allzu großen stillen Reserven zu bilden. Auf den nicht ausgeschütteten Gewinn zahlte sie die incometax, die sie nicht abwälzen konnte.

Die juristische Person war im allgemeinen nicht surtaxpflichtig. Dafür zahlte sie eine profittax (zusätzliche Gewinnsteuer) in Höhe von 15 %, gleichgültig, ob der Gewinn ausgezahlt oder einbehalten wurde. Der Freibetrag lag bei £ 2000 jährlich. Wurde diese Grenze überschritten, mußte die profittax für den vollen Gewinn bezahlt werden, nicht nur für den Betrag, der die Freigrenze überschritt. Im Gegensatz zur incometax war diese Steuer nicht auf die Aktionäre abwälzbar. Die Gesamtbesteuerung einer juristischen Person konnte sich nur auf 56,25 % des Gesamtgewinns (41,25 % incometax plus 15 % profittax) belaufen. Die unterschiedliche Steuerbelastung von Einzelfirmen und Kapitalgesellschaften bedeutete einen starken Anreiz für Geschäftsleute, ihr Unternehmen in die Form der PrC zu kleiden, den Gewinn nicht auszuschütten, sondern als Rücklagen einzubehalten und auf diesem Weg eine beachtliche Steuersumme einzusparen. Größere Gesellschaften zahlten dagegen soviel Dividende wie möglich aus, um die incometax auf die Gesellschafter abzuwälzen.²³⁴⁾

Incometax plus profittax waren mit der Körperschaftssteuer einer Kapitalgesellschaft in Deutschland zu vergleichen, während die incometax plus surtax, die natürliche Personen zahlen, sowohl Einkommen- als auch Lohn- und Kapitalertragssteuer umfassen.

Das war jedenfalls das gültige Steuersystem bis zum 1. April 1966. Seit diesem Zeitpunkt ist der Gewinn einer Kapitalgesellschaft nicht mehr income- und profittax-pflichtig, sondern unterliegt einer besonderen Corporationtax, die mit der kontinentalen Körperschaftssteuer zu vergleichen ist. Der Steuersatz, der alljährlich vom Parlament festgesetzt wird, beträgt für das Geschäftsjahr 1966 40 %. Im Gegensatz

234) Ausführlich: Holt: "Die Besteuerung britischer Kapitalgesellschaften und ihrer Gesellschafter", in "Die AG" 1963, 209 ff u. 241 ff.

zur deutschen Körperschaftssteuer handelt es sich nicht um einen progressiven Steuersatz, sondern um einen einheitlichen, der für jeden Gewinn zu zahlen ist (standard rate). Die an die einzelnen Gesellschafter ausgezahlte Dividende unterliegt zusätzlich der income- und u.U. der surtax. Diese Steuern werden von der Gesellschaft einbehalten und direkt an die Finanzbehörde abgeführt. Nur die Nettodividende wird ausgezahlt. ²³⁵⁾

Diese Steuerreform hat das seit 120 Jahren in England bestehende Steuersystem aufgehoben, nachdem der Gewinn einer juristischen Person nur einmal der Besteuerung unterlag und sich in dieser Hinsicht nicht von dem Einkommen einer Einzelperson unterschied. Jetzt unterliegt der an die Gesellschafter ausgeschüttete Gewinn der Doppelbesteuerung, der von der Gesellschaft einbehaltene der Corporationtax.

Diese Steuerpolitik soll die volle Ausschüttung des Gewinns verhindern und durch Gewährung steuerlicher Vorteile die Gesellschaften veranlassen, möglichst große Rücklagen zu bilden. Damit wird das entgegengesetzte Ziel verfolgt, das durch das bisherige Steuersystem erreicht worden war. Dies ist besonders für große Kapitalgesellschaften gedacht, bei denen Aktienbesitz und Unternehmensleitung getrennt sind.

Bilden dagegen kleinere Gesellschaften - besonders die Ex.PrC - hohe Rücklagen, erfolgt das nicht aus unternehmerischen und wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten, sondern aus steuersparenden Gründen. Um zu verhindern, daß Gewinne der Doppelbesteuerung dadurch entzogen werden, daß sie bei Gesellschaften mit nur wenigen beherrschenden Gesellschaftern nicht ausgeschüttet werden, wurde eine Steuerverschärfung für sogenannte "Close Companies" getroffen. Das sind solche Gesellschaften, die nur wenige Mitglieder haben, oder deren Geschäftsführung von wenigen Gesellschaftern kontrolliert wird, da nur diese Stimmrechtsaktien haben.

Für die Close Companies gelten folgende steuerliche Nachteile:

- a) Überschreitet die an Direktoren gezahlte Gesamtvergütung eine bestimmte Summe (£ 13 000 oder 15 % des Jahresgewinns, falls dies eine höhere Freigrenze ergibt), kann dieser Betrag nicht mehr als Unkosten der Gesellschaft

²³⁵⁾ vgl. dazu ausführlich: Holt: "Die neue britische Körperschaftssteuer" in "Die AG" 1966, 215 ff.

verbucht werden, sondern gilt als verdeckte Gewinnausschüttung.

- b) Bestimmte Geldleistungen an Direktoren in Form von Zinsen, Renten, Mieten oder Lizenzgebühren werden von der Finanzbehörde nicht als Unkosten anerkannt, falls sie sich nicht in einem angemessenen wirtschaftlichen Rahmen bewegen.
- c) Zahlt die Gesellschaft weniger als 60 % ihres Gewinns aus, ist der Fehlbetrag incometaxpflichtig, so als ob er ausgeschüttet worden wäre.

Wie sich diese verschärften Bestimmungen auf die Ex.PrC, die als Familienunternehmen in fast allen Fällen unter den Begriff der Close Company fällt, auswirkt, ist noch nicht abzusehen. Jedenfalls wird die Gründungszahl dieser Gesellschaften abnehmen, da die Inkorporierung solcher kleinen Unternehmen neben dem Vorteil der Haftungsbeschränkung vielfach aus steuerlichen Gesichtspunkten erfolgte.

Anders als beim Geschäftsführer einer GmbH wird das Gehalt nicht monatlich, sondern jährlich festgesetzt ("£ x per annum" oder "£ x each year"). Daraus hat sich die Frage ergeben, welche Rechtsfolge dann eintritt, wenn der Direktor vor Ablauf eines Geschäftsjahres seine Stellung aus irgendeinem Grund verliert. Enthält die Gehaltsklausel dann stillschweigend die Vereinbarung, daß auch ein entsprechender Bruchteil des Gehaltes an den Direktor ausbezahlen ist, oder daß ihm die Vergütung erst nach Ablauf des vollen Dienstjahres zusteht? Zu dieser Frage sind widersprüchliche Entscheidungen ergangen.²³⁶⁾ Um diese Schwierigkeiten zu vermeiden, empfiehlt es sich, folgende Klausel zu gebrauchen: "remuneration shall accrue from day to day" (der Anspruch soll täglich entstehen) oder "at the rate of £ x per annum".

Die Gesellschaft darf den Direktoren nicht ein Gehalt frei von income- oder surtax zusichern, s.189. Diese Regelung erfolgt nicht aus steuerlichen Gesichtspunkten, sondern zum Schutz der Aktionäre. Die Steuerlast ist nach dem zweiten

236) für die Zahlung eines entsprechenden Teils des Jahresgehaltes:

Swabey v. Port Darwin Gold Mining Co.(1899)1 Meg. 385;
dagegen: Salton v.New Beeston Cycle Co. /1899/ 1 Ch.
775, 779;

Inman v. Ackroyd and Best /1901/ 1 K.B. 613, 615 f.

Weltkrieg so angestiegen²³⁷⁾, daß es eine unzumutbare Belastung der Aktionäre darstellen würde, wenn die Gesellschaft die schnell ansteigenden Steuern über einen langen Zeitraum übernehmen würde. Dadurch würde sich die Dividende, die auf die einzelne Aktie ausgeschüttet wird, beträchtlich vermindern.

Im Gegensatz zur PuC und zur ordinary PrC ist es der Ex.PrC erlaubt, an die Direktoren Darlehen auszugeben oder Forderungen Dritter gegen sie durch das Gesellschaftsvermögen zu sichern, s. 190, 1a.

4. Konkurrenzverbot und Konkurrenzklauseln.

Im Gegensatz zur oHG (§ 112 HGB) und AG (§ 88 AktG) enthält das GmbHG keine Wettbewerbsverbote oder Beschränkungen für die Geschäftsführer. Die §§ 60, 61, 74 ff HGB sind auch nicht direkt anwendbar, da der Geschäftsführer kein Handlungsgehilfe ist. Deshalb kann er - falls der Anstellungsvertrag keine andere Regelung enthält - grundsätzlich ein eigenes Handelsgewerbe neben seiner Tätigkeit für die Gesellschaft ausüben, oder in deren Handelszweig im eigenen Namen Geschäfte machen, oder sich als persönlich haftender Gesellschafter an einer anderen Gesellschaft beteiligen. Diese Tätigkeiten sind den Vorstandsmitgliedern einer AG kraft Gesetzes untersagt, § 88 Abs.1 AktG.

Das englische Handels- und Gesellschaftsrecht kennt grundsätzlich keine Wettbewerbsbeschränkungen. Es ist auch nicht üblich, solche Klausel in die Satzung oder den Dienstvertrag aufzunehmen. Der Grund dafür mag darin zu sehen sein, daß ursprünglich die Geschäftsführung durch den board of directors als Kollegium wahrgenommen wurde, dessen Mitglieder nicht verpflichtet waren, ihre Arbeitszeit ganz der Gesellschaft zu widmen. Sie nahmen an den Sitzungen des board teil, legten die Geschäftsführung fest und übertrugen die Ausführung der einzelnen Beschlüsse von Fall zu Fall auf Angestellte der Gesellschaft. Dementsprechend war ihre Vergütung auch nicht so hoch, daß sie einem Gehalt entsprochen hätte. Sie hatte nur den Charakter einer Aufwandsentschädigung.

237) Als Vergleich: Incometax 1961: 38,75 % - 1965: 41,25 %

Zwangsläufig mußten die Direktoren sich nach anderen Einnahmequellen umsehen.

Auch als das Direktorium seine Geschäftsführungsbefugnis auf einzelne seiner Mitglieder - den managing director - übertrug, wurden solche Beschränkungen nicht eingeführt. Jeder director - gleichgültig ob ordinary oder managing - kann neben seiner Geschäftsführertätigkeit für die Gesellschaft jede andere beliebige Tätigkeit ausüben, entweder, daß er selbst ein Handelsgewerbe betreibt, oder daß er in irgendeiner Form an einem anderen Unternehmen beteiligt ist, gleichgültig, ob es ein Konkurrenzbetrieb ist oder nicht.²³⁸⁾ Vertraglich vereinbarte Wettbewerbsbeschränkungen in der Satzung oder ein Anstellungsvertrag sind natürlich möglich, aber nicht üblich, abgesehen von den Dienstverträgen der managing und serving directors. U.U. kann sich eine Beschränkung stillschweigend aus der Klausel: "fulltime director" ergeben.

Ein Geschäftsführer kann nach Beendigung seiner Tätigkeit für eine Gesellschaft sofort die gleiche Stellung in einem anderen Betrieb übernehmen, gleichgültig, ob es sich um ein Konkurrenzunternehmen handelt oder nicht. Wettbewerbsverbote für die Zeit nach Beendigung der Tätigkeit sind nicht gebräuchlich.

Gewisse Beschränkungen ergeben sich allerdings aus anderen Gesichtspunkten: Während der Dauer der Geschäftsführung darf der managing director die Kenntnisse über Angelegenheiten der Gesellschaft, die er auf Grund seiner Stellung erworben hat,

²³⁸⁾ Pennington, S. 402

nicht zum privaten Vorteil gebrauchen. Es ist ihm nicht erlaubt, Betriebsgeheimnisse²³⁹⁾ oder Geschäftsbeziehungen zu Warenabnehmern²⁴⁰⁾ in der Weise zu verwerten, daß er ein Konkurrenzunternehmen eröffnet und Kundenlisten oder Herstellungsverfahren der anderen Gesellschaft sich zunutze macht. Unter bestimmten Voraussetzungen kann es den Geschäftsführern verboten sein, spezielle Kenntnisse, die sie erst bei dieser Gesellschaft erworben haben, außerhalb des Unternehmens zu verwenden, auch dann, wenn sie die Geschäftsführung der Gesellschaft nicht vernachlässigen.²⁴¹⁾

Fraglich ist, ob diese Beschränkungen auch dann weiter bestehen bleiben, wenn das Dienstverhältnis Gesellschaft - Direktor beendet ist. Die h.M. scheint diese Frage zu verneinen, da diese Beschränkungen sich aus der Beziehung Direktor - Gesellschaft ergeben, die mit der Entlassung endet.²⁴²⁾

Verstößt ein Direktor gegen diese Verbote, dann kann die Gesellschaft auf Unterlassung und Herausgabe des dabei erzielten Gewinns klagen. Dieser Herausgabeanspruch wird als ein Schadensersatzanspruch angesehen, der durch den Vertragsbruch und eine sich daraus ergebende Vermögensverletzung der Gesellschaft entstanden ist. Im Gegensatz zum deutschen Recht kennt man in England kein spezielles Gesetz, das einen unlauteren Wettbewerb verbietet. Man sieht diese Rechte als Teil des Gesellschaftsvermögens an, bei dessen Verletzung ein Schadensersatzanspruch gegeben ist. Während ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB oft daran scheitern wird, daß das verletzte Recht nicht unter die dort geschützten dinglichen Rechte fällt, und deswegen auf die Ansprüche aus Verstoß gegen den unlauteren Wettbewerb zurückgegriffen werden muß, ist ein solches Gesetz in England nicht erforderlich, da sowohl dingliche als auch andere Vermögensrechte unter diesen Schutz fallen.

239) Bell v. Lever Brothers, Ltd. /1932/ A.C. 161, 195 ff.
Cook v. Deeks /1916/ 1 A.C. 554, 561 ff.

240) Measures Brothers, Ltd. v. Measures /1910/ 2 Ch.248, 261f.

241) Hivac, Ltd. v. Park Royal Scientific Instruments, Ltd.
/1946/ 1 All E.R. 350, 357 f. entschieden für das Verhältnis Unternehmer - Angestellter.

242) Ibid., S. 357;
Pennington, S. 402

Während sich also in England ein stillschweigendes Konkurrenzverbot nur aus dem Gesichtspunkt der Verletzung des Gesellschaftsvermögens ergeben kann, bildet in Deutschland die Treupflicht des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft die Grenze für seine anderweitige geschäftliche Betätigung. Dieser Grundsatz beinhaltet positiv die Pflicht, die Interessen der Gesellschaft so gut wie möglich wahrzunehmen, oder negativ ausgedrückt, alles zu unterlassen, was den Interessen der Gesellschaft widerspricht.²⁴³⁾ Auf Grund dieser Regel wird es jedenfalls einem hauptamtlichen Geschäftsführer nicht erlaubt sein, ein Konkurrenzunternehmen zu betreiben oder maßgeblich daran beteiligt zu sein²⁴⁴⁾, da in diesen Fällen die Möglichkeit einer Interessenkollision gegeben ist. Welche Handlungen im einzelnen gegen die Treupflicht verstoßen und damit pflichtwidrig sind, läßt sich nur im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände entscheiden. Ein Wettbewerbsverbot gilt in der Regel als stillschweigend vereinbart, wenn die GmbH individualistisch ausgestaltet ist.²⁴⁵⁾ Um spätere Auslegungsschwierigkeiten des Anstellungsvertrages zu vermeiden, empfiehlt es sich, diese Fragen ausdrücklich zu regeln. Die Befolgung des Konkurrenzverbotes kann durch eine den Umständen entsprechend hohe Vertragsstrafe gesichert werden.

Wettbewerbsverbote, die auch nach dem Ausscheiden des Geschäftsführers gelten sollen, bedürfen immer einer Vereinbarung.²⁴⁶⁾ Im Gegensatz zum Handlungsgehilfen (§ 74 HGB) muß nicht die Hälfte der Bezüge für die Karenzzeit gezahlt werden. Ob die Weiterzahlung des vollen Gehaltes oder eines Teils davon für die Gültigkeit der vereinbarten Wettbewerbsbeschränkung Voraussetzung ist, kann nur für den Einzelfall entschieden werden. Den Beurteilungsmaßstab wird hier § 138 BGB bilden.

Ist für den Fall der Verletzung eines stillschweigend oder ausdrücklich vereinbarten Konkurrenzverbotes keine Vertragsstrafe vereinbart, kann die Gesellschaft einen Schadensersatzanspruch aus § 43 Abs.2 geltend machen. Außerdem kann ein Verstoß eine fristlose Kündigung rechtfertigen.

243) Hueck, S.31; Baumbach-Hueck, Anhang nach § 35 Anm. 2

244) Scholz, § 35 Anm. 8; Schilling bei Hachenburg, § 35 Anm. 52; Scheinmann, S. 51.

245) vgl. dazu Seydel in GmbHRdsch. 1950, 154 f.

246) Schilling bei Hachenburg, § 35 Anm. 52

Im Gegensatz zum deutschen Recht kennt das englische Recht keine so weitgehende Treupflicht des Direktors gegenüber der Gesellschaft, nach der ein Wettbewerbsverbot stillschweigend als vereinbart gelten kann, gleichgültig, ob die Gesellschaft kapitalistisch oder individualistisch ausgestaltet ist.²⁴⁷⁾ Zusammenfassend ist festzustellen, daß bei der ExPrC Konkurrenzverbote sich stillschweigend nur aus dem Dienstvertrag ergeben können (full time director), oder wenn durch die Nebentätigkeit des Direktors das Vermögen der Gesellschaft geschädigt worden ist. Es ist aber immer erforderlich, daß ein konkreter Schaden entstanden ist, während nach deutschem Recht die Möglichkeit einer Interessenkollision genügt, um den Anspruch zu begründen. Die großzügigere Regelung in England ist daraus zu verstehen, daß die Mitglieder des board im allgemeinen nicht dauernd für die Gesellschaft tätig waren und keine spezielle Ausbildung im Geschäftsbereich der Gesellschaft erfahren hatten. Für das Verhältnis managing director - company ist noch keine Entscheidung ergangen. Doch dürfte zu überlegen sein, ob für diese Direktoren nicht schärfere Wettbewerbsverbote bzw. Beschränkungen aufzustellen sind, da sie in die Geschäftsführung und die Produktion einen anderen Einblick haben, als die ordinary directors. Auf Grund ihrer detaillierten Fachkenntnisse ist es für sie leichter, Produktionsverfahren und Herstellungsgeheimnisse der Gesellschaften privat zu nutzen. Deshalb wäre eine Verschärfung dieser Schutzvorschriften zugunsten der Gesellschaft gerechtfertigt.

5. Die Informationspflicht der Geschäftsführer gegenüber den Gesellschaftern.

Das Recht der Gesellschafter auf Vorlage und Einsicht in die Geschäftsbücher der Gesellschaft sowie das Recht auf Auskunftserteilung besteht gegenüber der Gesellschaft, die auch

247) Gower, S.496 f will allerdings eine solche Treupflicht (duty of fidelity) und eine sich daraus ergebende Wettbewerbsbeschränkung auch für das Verhältnis Direktor - Gesellschaft als bestehend ansehen. Er beruft sich dabei aber auf eine Entscheidung, die nur das Verhältnis Prinzipal - Angestellter behandelt, vgl. British Syphon Co. v. Homewood /1956/ 1 W.L.R. 1190 ff.

in dieser Angelegenheit durch ihre Geschäftsführer vertreten wird.²⁴⁸⁾ Insoweit betrifft diese Frage auch die Stellung des Geschäftsführers.

Gem. § 46 Ziff. 6 haben die Gesellschafter das Recht, die Geschäftsführung zu prüfen und zu überwachen, was regelmäßig in der Gesellschafterversammlung erfolgt. Im Gegensatz zur oHG (§ 118 HGB) und zur AG (§ 131 AktG) hat das GmbHG keine Regelung darüber getroffen, ob dem einzelnen Gesellschafter auch außerhalb der Gesellschafterversammlung ein Recht gegenüber der Gesellschaft zusteht, Einsicht in die Bücher zu nehmen und Auskünfte zu verlangen. Diese Rechte werden den einzelnen Gesellschaftern heute von Rechtsprechung und Lehre einstimmig zugesprochen.²⁴⁹⁾

Nach englischem Recht besteht zwischen den einzelnen Gesellschaftern und der Gesellschaft ein Vertrag, auf Grund dessen die Parteien verpflichtet sind, die durch Gesetz, memorandum oder articles begründeten Pflichten zu erfüllen und sich die gegenseitig zugesicherten Rechte zu gewähren. Kommt eine Partei einer solchen Verpflichtung nicht nach, kann die andere auf Erfüllung des Vertrages klagen.

Nach dem Gesetz sind die Direktoren verpflichtet, in der jährlichen Hauptversammlung den Gesellschaftern eine Gewinn- und Verlustrechnung (profit and loss account) vorzulegen, weiterhin eine Bilanz aufzustellen und den Gesellschaftern einen Bericht über die Angelegenheiten der Gesellschaft (report with respect to the state of the company's affairs) zu erstatten. Diese Unterlagen müssen eine genaue Aufstellung über die an die Direktoren und anderen Angestellten der Gesellschaft gezahlten Bezüge jeder Art - Gehalt, Pension, Ab-

248) Die Geschäftsführer haben die Pflicht, Bücher vorzulegen und Auskünfte zu erteilen. So BGHZ 14, 53, 60; Schilling bei Hachenburg, § 45 Anm. 56 c.

249) RGZ 49, 141 ff; BGHZ 14, 54 ff; OLG Hamm in NJW 1949, 790; Schilling bei Hachenburg, § 45 Anm. 56; Fischer in GmbHRdsch. 1953, 131; Wolany, S. 161 f; Brodmann, § 46 Anm. 2 b; Schilling, Anmerkung zum Urteil BGHZ 14, 53 ff in JZ 1955, 49 f.

findung usw. - enthalten, wobei die Höhe der Zahlungen genau anzugeben ist. Auch über die an Direktoren ausgegebenen Darlehen ist zu berichten. Weiterhin gehört zu diesen Unterlagen ein Prüfungsbericht über die Geschäftsbücher, der jährlich erfolgen muß. Alle Berichte müssen von zwei Direktoren unterzeichnet sein.²⁵⁰⁾ Eine Abschrift von jeder dieser Unterlagen ist jedem Gesellschafter mindestens 21 Tage vor der Hauptversammlung zuzusenden, s.158,1. Außerdem kann er jederzeit kostenlos die letzten Jahresberichte anfordern oder sie in den Geschäftsräumen der Gesellschaft einsehen, s.158,2. Um eine größtmögliche Information der Gesellschafter zu sichern, schreibt das Gesetz genau vor, wie die Gewinn- und Verlustrechnung und die Bilanz zu gliedern sind.²⁵¹⁾

Aus dieser Aufzählung mag hervorgehen, wie ernst der Gesetzgeber das Informationsrecht der Gesellschafter genommen hat. Die Rechte des einzelnen Mitglieds in der Hauptversammlung sind umfassender als die eines GmbH-Gesellschafters, besonders hinsichtlich der Auskünfte über Bezüge der einzelnen Direktoren. Weiterhin hat die Gesellschaft grundsätzlich kein Recht, die Beantwortung irgendeiner Frage zu verweigern unter Berufung auf die überwiegenden Interessen der Gesellschaft oder gar der Allgemeinheit.

Dagegen kann der einzelne Gesellschafter außerhalb der Hauptversammlung keine Informationen und Auskünfte über die laufende Geschäftsführung verlangen. Auch die Einsicht in die Geschäftsbücher muß ihm nicht gestattet werden, wenn die articles nicht eine andere Regelung treffen.²⁵²⁾ So sieht die Mustersatzung in art. 125 vor, daß die Direktoren von Zeit zu Zeit bestimmen können, ob, wann, wie und wo die Gesellschafter bestimmte Geschäftsbücher einsehen können. Bei diesem Recht handelt es sich um ein von der Gesellschaft dem einzelnen Gesellschafter eingeräumtes Sonderrecht, das jederzeit frei widerrufen werden kann. Dagegen können die gesetzlich festgelegten Informationsrechte in der Hauptversammlung nicht durch die Satzung beeinträchtigt oder ausgeschlossen werden.

250) vgl. ss. 148, 149, 155, 156, 157, 196, 197

251) ss. 149 ff/VIII Schedule Companies Act 1948

252) Palmer, S. 601

Für die Gesellschafter einer GmbH bedarf es nicht einer besonderen Regelung im Gesellschaftsvertrag, um auch außerhalb der Gesellschafterversammlung Einsicht in die Geschäftsbücher zu nehmen, oder von der Geschäftsführung Auskunft zu verlangen. Bestritten ist nur, unter welchen Voraussetzungen das erfolgen kann. Dabei ist zu unterscheiden zwischen der Pflicht, die Geschäftsbücher vorzulegen und der Pflicht, Auskunft über die Geschäftslage zu erteilen.

Für die BGB-Gesellschaft ist von der Rechtsprechung der Grundsatz entwickelt worden, daß im Anschluß an § 666 BGB, der gem. § 713 BGB auf die BGB-Gesellschaft Anwendung findet, den Gesellschaftern Auskunft zu erteilen ist, wenn sie es verlangen. Die Begründung dieses Anspruchs ergebe sich aus § 242 BGB, wonach derjenige, der zu Dritten in Rechtsbeziehungen steht, Auskunft über seine Rechte und Pflichten verlangen kann, wenn er sich darüber im Zweifel befindet.²⁵³⁾ Der BGH lehnt die Übernahme dieses Grundsatzes für das Verhältnis Gesellschafter - GmbH in dieser weiten Fassung ab. Verlangt ein Gesellschafter Auskunft, muß ihm diese nur dann erteilt werden, wenn weitere besondere Umstände diesen Anspruch rechtfertigen.²⁵⁴⁾ Ein genereller Anspruch in Form eines Dauerüberwachungsrechts sei abzulehnen.²⁵⁵⁾ Bei einer individualistisch ausgestalteten GmbH sei ein solches Verlangen immer gerechtfertigt. Das ergebe sich aus der nahen Verwandtschaft zur oHG und der entsprechenden Anwendung des § 118 HGB.²⁵⁶⁾ Als weiterer wichtiger Grund soll der Verdacht

253) RGZ 108, 20, 25; RGZ 158, 377, 379

254) BGHZ 14, 53, 60; Heining in GmbHRdsch 1950, 12; RGZ 49, 141, 145 f.

255) Wolany, S. 160

256) BGHZ 14, 53, 59

der Unredlichkeit oder von groben Verstößen gelten.²⁵⁷⁾

Gegen diese Beschränkung wendet sich Schilling, der das Auskunftsrecht jederzeit gewähren will, auch wenn kein wichtiger Grund vorliegt.²⁵⁸⁾ Das bedeutet eine Anwendung des vom Reichsgericht für die BGB-Gesellschaft entwickelten Grundsatzes.²⁵⁹⁾ Die Grenzen dieser Auskunftsspflicht sollen sich wieder aus § 242 BGB ergeben. Danach könnte die Auskunft dann verweigert werden, wenn dadurch gesellschaftliche Belange gefährdet würden, oder wenn in dem Verlangen ein Rechtsmißbrauch zu sehen wäre. Gegen diese Meinung spricht, daß Schilling den Unterschied zwischen einer kapitalistischen und einer individualistisch gestalteten GmbH nicht macht. Die Interessen des einzelnen Gesellschafters dürften bei beiden Gesellschaftsarten doch verschieden sein. Außerdem würde ein solch umfassendes Auskunftsrecht eine nicht unerhebliche Erschwerung des Geschäftsbetriebes mit sich bringen, da die Gesellschaft ein solches Begehren nicht ohne weiteres zurückweisen könnte, weil sie beweispflichtig wäre, daß in diesem Fall ein Grund vorliegen würde, der dieses Recht einschränkt. Nach der vom BGH vertretenen Meinung müßte dagegen der einzelne Gesellschafter nachweisen, daß ein solcher Grund vorliegt, der sein Verlangen rechtfertigt. Deshalb erscheint diese Ansicht als die richtigere, wobei allerdings bei der Prüfung des Vorliegen eines wichtigen Grundes die beiderseitigen Interessen abgewogen werden müssen, und ein großzügiger Maßstab anzulegen ist.

Hinsichtlich der Pflicht zur Vorlage und Gestattung der Einsicht in die Bücher und Schriften der Gesellschaft besteht Einmütigkeit, d.h.: diese Pflicht besteht nur dann, wenn wichtige Gründe vorgebracht werden können.²⁶⁰⁾ Als solcher Grund gilt hier, wenn die Mitgliedschaftsrechte nicht ordnungsgemäß ausgeübt werden können, ohne daß eine Einsichtnahme gestattet wird ²⁶¹⁾, oder wenn ein besonderer Umstand

257) Wolany, S. 161

258) bei Hachenburg, § 45 Anm. 56a; Schilling in JZ 1955, 49; Baumbach-Hueck, § 45 Anm. 2 F.

259) RGZ 108, 20, 25; RGZ 158, 377, 379.

260) Für alle vgl. BGHZ 14, 53, 58; Schilling bei Hachenburg, § 45 Anm. 56 b.

261) RG in DR 1942, 279.

vorliegt, der zu einer Überprüfung Anlaß gibt.²⁶²⁾ Hier zeigt sich die Unhaltbarkeit der Meinung von Schilling,²⁶³⁾ der in diesem Fall das Vorliegen eines wichtigen Grundes bejaht, da das Einsichtsrecht ein gesteigertes Auskunftsrecht sei.²⁶⁴⁾ Im Gegensatz zu der Gestattung der Einsichtnahme wird bei der Auskunft von den Geschäftsführern ein positives Tun verlangt, also ein "Mehr" gegenüber dem einfachen Gewähren. Um diese Pflicht zu erfüllen, ist u.U. eine Vorbereitung erforderlich. Deshalb ist die Auskunftserteilung spezieller als die Gestattung der Einsicht.

Die Geschäftsführer können die Auskunft aus wichtigen Gründen verweigern, wenn überwiegende Interessen der Gesellschaft oder der Allgemeinheit entgegenstehen²⁶⁵⁾, z.B.: derjenige, der die Auskunft verlangt, ist bei einem Konkurrenzunternehmen tätig. Den Maßstab für die Abwägung der gegenseitigen Interessen bildet auch hier wieder § 242 BGB.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß der einzelne Gesellschafter einer ExPrC in der Hauptversammlung weitergehende Informationsrechte hat als der Gesellschafter einer GmbH. Dagegen ist die Gesellschaft nicht verpflichtet, irgendwelche Auskünfte über die laufende Geschäftsführung zu geben. Das bedeutet eine große Benachteiligung im Vergleich zur GmbH. Damit ist noch nicht gesagt, daß hier eine Reform dringend erforderlich ist; denn zwischen Gesellschafter und managing director steht der board als Kontrollorgan. Die ordinary directors sind jederzeit verpflichtet und berechtigt, von dem managing director genaue und detaillierte Auskünfte zu verlangen. Sämtliche Bücher und Geschäftspapiere können immer eingesehen werden. Hier übt der board Rechte aus, die bei deutschen Handelsgesellschaften meistens dem Aufsichtsrat zustehen. Dieser Regelung ist dann zuzustimmen, wenn ein managing director mit der laufenden Geschäftsführung beauftragt worden ist. Nachteilig wirkt sie sich dann aus, wenn der board diese Aufgabe als Kollegium ausübt. Dann vereinigen sich zwei Funktionen in einer Person, Geschäftsführung und Überwachung. In diesem Fall müßte dem einzelnen Gesellschafter auch außerhalb der Hauptversammlung ein weitgehendes Informationsrecht über die laufende Geschäftsführung zugestanden werden.

262) RG HRR 1940, 1359 Nr. 5

263) Schilling bei Hachenburg, § 45 Anm. 56a

264) Ibid., § 45 Anm. 56b

265) BGHZ 14, 53, 58.

6. Die Stellung des GmbH-Geschäftsführers im Prozeß.

Die Parteifähigkeit der Gesellschaft ergibt sich aus § 13 Abs. 1, da sie Träger von Rechten und Pflichten sein kann. Gemäß § 35 Abs. 1 wird sie vor Gericht durch die Geschäftsführer vertreten, da juristische Personen grundsätzlich nicht selbst vor Gericht auftreten können.²⁶⁶⁾

Wird die Gesellschaft verklagt, sind die Geschäftsführer in der Klageschrift namentlich aufzuführen. Die Zustellung erfolgt an sie, § 171 Abs. 1 ZPO, gleichgültig, ob sie einzeln oder gesamtvertretungsberechtigt sind, § 171 Abs. 3 ZPO. Aus ihrer Stellung als gesetzliche Vertreter der Gesellschaft ergibt sich, daß sie nicht als Zeugen vernommen werden können, sondern nur im Wege der Parteivernehmung gehört werden können, § 445 ZPO. Dagegen können die einzelnen Geschäftspartner oder Aufsichtsratsmitglieder als Zeugen vernommen werden. Nach der Konkurseröffnung kann auch der Geschäftsführer als Zeuge vernommen werden, da dann die Gesellschaft durch den Konkursverwalter vertreten wird.²⁶⁷⁾

Wird der einzige Geschäftsführer von der Gesellschaft verklagt, oder klagt er gegen die Gesellschaft, so muß gem. § 29 BGB ein Notgeschäftsführer oder für diesen Prozeß ein Prozeßpfleger gem. § 57 ZPO bestellt werden. Sonst würde ein unvermeidbarer Interessenkonflikt entstehen, da der Geschäftsführer einen Prozeß der Gesellschaft gegen sich selbst führen müßte. Sind mehrere Geschäftsführer bestellt und kollektivvertretungsberechtigt, klagt der Geschäftsführer gegen die Gesellschaft und stellt die Klage den anderen Geschäftsführern zu, die die Gesellschaft dann allein vor Gericht vertreten.

Hat ein Dritter gegen die Gesellschaft ein Urteil erwirkt, oder ist ihr gegen den Dritten ein Urteil zugesprochen wor-

²⁶⁶⁾ BGHZ 38, 71, 75

²⁶⁷⁾ RG LZ 14, 776

den, wirkt es nur für oder gegen die Gesellschaft, nicht aber für oder gegen den Geschäftsführer oder den einzelnen Gesellschafter. Deshalb kann auch nur in das Gesellschaftsvermögen vollstreckt werden.

7. Die Stellung des Direktors einer Ex.PrC im Prozeß.

Grundsätzlich ist die Gesellschaft in einem Prozeß zwischen ihr und einem Dritten selbst Partei. Das ergibt sich aus ihrer Eigenschaft als juristische Person. Ein einzelner Gesellschafter kann im allgemeinen nicht im Namen der Gesellschaft eine Klage gegen einen Dritten erheben.²⁶⁸⁾ Die Gesellschaft selbst ist parteifähig, nicht aber prozeßfähig. Das Recht, in ihrem Namen Prozesse zu führen, steht dem board zu, der es im allgemeinen als Teil der Geschäftsführung auf den managing director überträgt, wenn er in der Satzung dazu ermächtigt ist.²⁶⁹⁾ Das Prozeßführungsrecht muß nicht ausschließlich dem managing director zustehen, sondern kann im Einzelfall selbst vom board ausgeübt werden²⁷⁰⁾ oder durch einen Gesellschafterbeschluß auf einen einzelnen Gesellschafter übertragen werden.²⁷¹⁾ Sollte der einzelne Gesellschafter bei Klageerhebung nicht ermächtigt sein, im Namen der Gesellschaft zu handeln, dann ist die Klage dennoch nicht vom Gericht wegen fehlender Prozeßführungsbefugnis abzuweisen, da diese noch nachträglich durch einen Gesellschafter- oder Direktorenbeschluß erteilt werden kann. Das Gericht verlangt, daß innerhalb eines bestimmten Zeitraums eine Gesellschafterversammlung abgehalten wird, in der über das Prozeßführungsrecht des einzelnen Gesellschafters zu entscheiden ist.

In gewissen Fällen können auch einzelne Gesellschafter, obwohl sie nicht ermächtigt oder direkt in ihren Rechten verletzt sind, Klage im eigenen Namen zugunsten der Gesellschaft erheben (representative action), selbst gegen den

268) Foss v. Harbottle (1843) 2 Hare 461, 490 ff.

Aus der neueren Rechtsprechung vgl.:

Burland v. Earle /1902/ A.C. 83, 93

Pavlides v. Jensen /1956/ Ch. 565, 575

269) Shaw & Sons Ltd. v. Shaw /1935/ 2 K.B. 113, 132 ff.;
Gower, S. 527 f.

270) Danish Mercantile Co. Ltd. v. Beaumont /1951/ 1 All E.R.
925, 931 f.

271) Marshall's Valve Gear Co. v. Manning, Wordle & Co.
/1909/ 1 Ch. 267, 272 f.

Willen der Mehrheit der Gesellschafter oder der Direktoren. Hier handelt es sich um eine abgeleitete Befugnis (derivative action), da sie nicht ein eigenes Recht, sondern das eines anderen - der Gesellschaft - geltend machen. Obwohl die Klage im eigenen Namen erhoben wird, ergeht das Urteil nicht für oder gegen den klagenden Gesellschafter, sondern für oder gegen die Gesellschaft. In folgenden sechs Fällen hat der Gesellschafter ein Recht, eine Klage im eigenen Namen zugunsten der Gesellschaft zu erheben:

- a) Wenn er eine ultra-vires Handlung der Gesellschaft verhindern will²⁷²⁾, oder wenn er einen Vermögenswert der Gesellschaft, den diese durch eine ultra-vires Handlung verloren hat, von einem Dritten zurückfordern will.²⁷³⁾
- b) Wenn die betreffende Handlung der Gesellschaft zwar nicht ultra-vires aber schwebend unwirksam ist und nur durch einen qualifizierten Gesellschafterbeschuß genehmigt werden könnte, z.B. eine Satzungsänderung.²⁷⁴⁾
- c) Wenn der Gesellschafter geltend macht, daß ein Beschluß, durch den die Direktoren zu irgendeinem Handeln ermächtigt werden sollen, deshalb nichtig ist, weil er nur mit einer einfachen Mehrheit gefaßt wurde, in Wirklichkeit aber einer qualifizierten bedarf.²⁷⁵⁾
- d) Wenn der Kläger verhindern will, daß ein Direktor eine Handlung vornimmt, die entweder gegen den Companies Act oder das allgemeine Recht verstößt.²⁷⁶⁾
- e) Wenn die Direktoren eine Treupflicht gegenüber der Gesellschaft verletzt haben (breach of a fiduciary duty to the company), und sie auf Grund der Höhe ihrer Beteiligung an der Gesellschaft diese daran hindern können, gegen sie zu klagen.²⁷⁷⁾
- f) Wenn die Mehrheit der Gesellschafter ihre Macht dazu benutzt, um die Minderheit unfair zu benachteiligen oder zu

272) Simpson v. Westminster Palace Hotel Co. (1860) 8 H.L.C. 712

273) Spokes v. Grosvenor Hotel Co. /1897/ 2 Q.B. 124, 128

274) Edwards v. Halliwell /1950/ 2 All E.R. 1064, 1067 f., entschieden für eine Gewerkschaft.

275) Baillie v. Oriental Telephone and Electric Co. /1915/ 1 Ch. 503, 518.

276) Preston v. Grant Collier Dock Co. (1840) 11 Sim. 327, 347 f.

277) Spokes v. Grosvenor Hotel Co. /1897/ 2 Q.B. 124, 126

unterdrücken.²⁷⁸⁾ Diese Handlungen brauchen keine unerlaubten Handlungen im Sinne des common law (tort) zu sein. Die Minderheit muß aber so benachteiligt werden, daß es als besonders ungerecht empfunden wird.

In diesen Fällen handelt es sich um Ausnahmen von der Grundregel in Foss v. Harbottle, daß die Gesellschaft im eigenen Namen, vertreten durch die Direktoren, klagt. Sie sind deshalb gerechtfertigt, weil es sich meistens um Klagen der Gesellschaft gegen ihre Geschäftsführer oder gegen die Hauptaktionäre handelt. Da die Prozeßführung ein Teil der Geschäftsführung ist und damit in den Aufgabenbereich der Direktoren fällt, werden diese meistens versuchen, eine Klage der Gesellschaft gegen sich selbst zu verhindern. Es ist dabei zu beachten, daß es sich nur um vorbeugende Unterlassungsklagen handelt, mit Ausnahme der Klage auf Herausgabe von zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen. Ist die schädigende Handlung erfolgt, kann der einzelne Gesellschafter nicht selbst einen Schadensersatzanspruch im Namen der Gesellschaft geltend machen.²⁷⁹⁾

In den Fällen - abgesehen von den oben behandelten sechs Ausnahmen - in denen die Direktoren eine Klage der Gesellschaft nicht erheben wollen oder können, fällt die Prozeßführungsbefugnis auf die Hauptversammlung oder den einzelnen Gesellschafter zurück.²⁸⁰⁾ Hier liegt ein Fall der concurrent power vor, die dann ausgeübt werden kann, wenn das eigentliche Geschäftsführungsorgan nicht handeln will oder kann.²⁸¹⁾

Ein einfacher Beschluß der Hauptversammlung genügt, um die Klage zu erheben. Jeder Gesellschafter kann dann ermächtigt werden, die Gesellschaft im Prozeß vor Gericht zu vertreten. Eine Klage, die von einem einzelnen Gesellschafter im Namen der Gesellschaft erhoben wird, ohne dazu von der Hauptversammlung ermächtigt zu sein, ist nicht unbedingt abzuweisen, da eine Heilung dieses Mangels noch nachträglich während der Dauer des Prozesses möglich ist.²⁸²⁾ In der Pra-

278) Menier v. Hooper's Telegraph Works Ltd. (1874) 9 Ch. App. 350, 353

279) Pennington, S. 445

280) Gower, S. 528

281) Foster v. Foster /1916/ 1 Ch. 532, 548

282) Danish Mercantile Co. Ltd. v. Beaumont /1952/ 1 All E.R. 925, 930

xis ist es üblich, solche Verfahren zu unterbrechen. Das Gericht macht dann der Gesellschaft zur Auflage, eine Gesellschafterversammlung einzuberufen und über diese Frage zu entscheiden. Der Unterschied zu der ersten Gruppe von Ausnahmen besteht darin, daß hier die Klage im Namen der Gesellschaft und nicht im Namen des klagenden Gesellschafters zugunsten der Gesellschaft erhoben wird. Dieser Weg ist nicht nur bei vorbeugenden Unterlassungsklagen sondern auch - und vor allen Dingen - bei Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft gegen die Direktoren möglich. Im Gegensatz zu der ersten Gruppe ist hier eine Ermächtigung der einzelnen Gesellschafter durch die Hauptversammlung erforderlich.

Hat die Gesellschaft gegen einen Direktor einen Anspruch, wird dieser von den übrigen Direktoren, die dann als Kollegium handeln, vor Gericht geltend gemacht, immer unter der Voraussetzung, daß nicht eine der genannten Ausnahmen vorliegt, bei denen der einzelne Gesellschafter die Interessen der Gesellschaft wahrnimmt. Hat ein Direktor eine gegenüber der Gesellschaft bestehende Treuhänderpflicht verletzt, kann auch hier der einzelne Gesellschafter im eigenen Namen zugunsten der Gesellschaft klagen, wenn der betreffende Direktor so viele Aktien besitzt, daß er durch Ausübung seines Stimmrechts den board daran hindern kann, Klage zu erheben. Hier liegt wieder ein Fall der derivative action vor.²⁸³⁾ Hat die Gesellschaft nur einen Direktor, der dann auch managing director ist, wird sie vor Gericht durch die Hauptversammlung vertreten, die einen Gesellschafter mit der Prozeßführung beauftragt. Seine Stellung entspricht dann etwa der eines Prozeßpflegers gem. § 57 ZPO. Die Bestellung eines Notgeschäftsführers durch das Gericht ist in England unbekannt.²⁸⁴⁾

Der Unterschied zwischen der Stellung eines Direktors einer Ex.PrC und der des Geschäftsführers einer GmbH vor Gericht besteht darin, daß kraft Gesetzes das Prozeßführungsrecht in Deutschland ausschließlich dem Geschäftsführer zu-

283) Alexander v. Automatic Telephone Co./1900/2 Ch.56,69

284) Die Fälle, in denen der Gesellschafter durch Handlungen des Direktors in seinen eigenen Rechten direkt verletzt worden ist, gehören nicht hierher, da sie einen Anspruch gegen den Direktor selbst begründen und deshalb bei der Behandlung der Haftung zu erörtern sind.

steht. In England handelt es sich um delegiertes Recht. Die Gesellschafter können jederzeit eine andere Regelung treffen. Will ein GmbH-Geschäftsführer aus irgendeinem Grund eine bestimmte Klage nicht erheben, dann bleibt den Gesellschaftern nur die Möglichkeit übrig, ihn abzurufen. Die Übertragung oder Entziehung der Prozeßführungsbefugnis ist nicht möglich, da sie ein Teil der Vertretungsmacht ist und deshalb nicht beschränkt werden kann. In England kann dagegen unter gewissen Voraussetzungen der einzelne Gesellschafter im eigenen Namen oder im Namen der Gesellschaft klagen. Der Geschäftsführer muß nicht abberufen werden.

Ob diese Regelung für die GmbH zu empfehlen ist, dürfte zweifelhaft sein. Klagt ein Gesellschafter oder die Hauptversammlung gegen den Geschäftsführer, dürfte dadurch im allgemeinen eine so schwere Vertrauenskrise zwischen den einzelnen Organen entstehen, die eine weitere Ausübung der Geschäftsführung durch diese Person unmöglich werden ließe. In England ist diese Regelung vielleicht deswegen angebracht, da zwischen Gesellschafter und managing Director der board steht, dessen Mitglieder im allgemeinen den größten Teil des Gesellschaftskapitals besitzen und durch Ausübung ihres Stimmrechts zugunsten des managing directors, der ja auch zugleich ordinary director ist, jede Handlung der übrigen Gesellschafter gegen den Geschäftsführer verhindern könnten. Der einzelne Gesellschafter einer GmbH hat in dieser Hinsicht weitergehende Möglichkeiten, da zwischen ihm und dem Geschäftsführer nicht ein drittes, sehr mächtiges Organ steht, das seine Rechte nach Belieben einschränken kann. Aus dem Gesichtspunkt des Minderheitenschutzes mag in England diese Regelung gerechtfertigt sein.

§ 7: Die Haftung der Geschäftsführer

1. Die zivilrechtliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers.

a) Die Haftung gegenüber der Gesellschaft.

Der Geschäftsführer haftet der Gesellschaft für alle Schäden, die aus einer Verletzung der ihm obliegenden Pflichten entstehen, § 43 Abs.2. Diese Pflichten können durch das Gesetz selbst, die Satzung oder Gesellschafterbeschlüsse begründet werden, oder sich aus dem zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer bestehenden Anstellungsvertrag ergeben. Anspruchsgrundlage für einen Schadensersatzanspruch ist ein Auftragsverhältnis oder ein Dienstvertrag, innerhalb dessen der Geschäftsführer gem. § 276 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat.

Dieser allgemeine Sorgfaltsmaßstab des BGB wird durch § 43 Abs.1 in der Weise verschärft, daß der Geschäftsführer die Angelegenheiten der Gesellschafter mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes zu erledigen hat. Näher konkretisiert wird dieser Haftungsmaßstab durch die besondere Ausgestaltung der Gesellschaft, durch die Lage des Falles und durch das Maß der Sorgfalt, die gerade in dieser Situation objektiv erforderlich ist.²⁸⁵⁾ Der Geschäftsführer kann sich nicht damit entschuldigen, daß ihm die Fähigkeit und die Kenntnisse zur Bekleidung dieses Amtes gefehlt hätten. Das Verschulden liegt dann schon in der Übernahme der Stellung.²⁸⁶⁾

Der nach dem Gesetz bestehende Haftungsmaßstab kann weder durch den Gesellschaftsvertrag noch durch Beschlüsse der Gesellschafter abgeschwächt werden²⁸⁷⁾, da er rechtspolitischen Charakter hat. Er dient nicht nur dem Schutz der Gesellschaft sondern auch dem der Gesellschaftsgläubiger. Eine Berufung auf § 276 Abs.2 BGB ist deshalb nicht möglich, weil § 43 diese Vorschrift außer Kraft setzt. Wäre eine entsprechende Anwendung des § 276 Abs.2 BGB möglich, könnte dadurch die strengere Haftung des GmbHG umgangen werden. Dagegen ist eine Verschärfung der gesetzlichen Haftung möglich, da das

285) RGZ 163, 200, 208 für die Gen.

286) RG JW 1914, 476 für die Gen.; Sudhoff, S.78; Scholz, § 43 Anm. 2.

287) so die h.M.: Schilling bei Hachenburg, § 43 Anm. 2; Feine, S.498; Liebmann-Saenger, § 43 Anm.2; Sudhoff, S. 78.

weder dem Interesse der Gesellschaft noch dem der Öffentlichkeit widerspricht.

Kann sich der Geschäftsführer bei seinem pflichtwidrigen Handeln auf einen Beschluß der Gesellschafter oder auf eine Weisung des dazu zuständigen Organs berufen, dann befreit ihn das regelmäßig von der Haftung gegenüber der Gesellschaft. Es wäre ein Verstoß gegen Treu und Glauben, wenn die Gesellschaft ihren Geschäftsführer für solche Schäden verantwortlich machen wollte, die durch Handlungen entstanden sind, die sie veranlaßt hat. Ist allerdings der Beschluß nichtig, oder verstößt die Weisung gegen ein gesetzliches Verbot oder Gebot, darf der Geschäftsführer sie nicht ausführen. Handelt er trotzdem, ist er durch den Beschluß oder die Anweisung nicht gedeckt und kann haftbar gemacht werden.²⁸⁸⁾ Voraussetzung dafür ist, daß er die Nichtigkeit oder Unzulässigkeit gekannt hat oder hätte erkennen müssen und die Gesellschafter darauf hingewiesen hat.

Haben mehrere Geschäftsführer den Schaden schuldhaft herbeigeführt, haften sie solidarisch, § 43 Abs.2, d.h. sie sind Gesamtschuldner, und die §§ 421 bis 426 BGB finden Anwendung. Bei den Ausgleichsansprüchen im Innenverhältnis erfolgt eine Abstufung nach dem Grad des Verschuldens. Eine gesamtschuldnerische Haftung besteht dann nicht, wenn durch die Satzung oder einen Gesellschafterbeschluß eine Geschäftsverteilung vorgenommen wurde, und der einzelne Geschäftsführer seinen Geschäftsbereich selbständig und unter eigener Verantwortung leitet. Das ist keine Ausnahme vom Prinzip der Gesamtschuldnerschaft; denn regelmäßig wird es bei den anderen Geschäftsführern dann am Verschulden fehlen. Erkennen die übrigen Geschäftsführer allerdings die Pflichtverletzung ihres Mitgeschäftsführers, und weisen sie weder ihn noch die Gesellschafter auf die Pflichtwidrigkeit hin, kann dadurch eine gesamtschuldnerische Haftung begründet werden. Die Pflichtverletzung besteht hier in einem Unterlassen.

§ 43 Abs.3 enthält eine Verschärfung der Haftung des Geschäftsführers. Wenn er entgegen dem § 30 Zahlungen aus dem Vermögen der Gesellschaft, das der Erhaltung des Stammkapitals dienen soll, geleistet hat, oder wenn er entgegen dem

288) Scheinmann, S. 54; Sudhoff, S. 78

§ 33 eigene Geschäftsanteile erworben hat, oder wenn er nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung der Überschuldung Zahlungen geleistet hat (§§ 43 Abs.3/64 Abs.2), die mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsführers unvereinbar sind, dann haftet er für den daraus entstehenden Schaden. Gegenüber der Generalklausel des § 43 Abs.1 bedeutet das eine Verschärfung der Haftung in doppelter Hinsicht: Die Gesellschaft kann keinen wirksamen Haftungsverzicht oder Vergleich schließen, soweit die Schadensersatzleistung zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist, §§ 43 Abs.3/ 9 Abs. 2, noch wird der Geschäftsführer von der Schadensersatzpflicht befreit, wenn er sich auf einen - auch wirksamen - Gesellschafterbeschuß berufen kann.

Zwei weitere Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegen die Geschäftsführer ergeben sich aus dem Gesetz: Die anmeldenden Geschäftsführer haften als Gesamtschuldner für die Richtigkeit der Angaben beim Registergericht hinsichtlich der geleisteten Stammeinlagen, § 9 Abs.1. Auch diese Haftung setzt Verschulden der Geschäftsführer voraus.²⁸⁹⁾ Eine weitere Schadensersatzpflicht enthält der schon in Verbindung mit § 43 Abs. 3 erwähnte § 64 Abs.2. Voraussetzung für diesen Anspruch ist, daß nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung der Überschuldung Zahlungen geleistet werden, die in diesem Zeitpunkt mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes nicht mehr vereinbar waren und dadurch der Gesellschaft ein Schaden entstanden ist.

b) Die Haftung gegenüber den Gesellschaftern.

Grundsätzlich haften die Geschäftsführer den einzelnen Gesellschaftern nicht unmittelbar. Ein Anspruch der Gesellschafter kann nur dann entstehen, wenn zwischen ihnen und

²⁸⁹⁾ so Baumbach-Hueck, § 9 Anm. 1 B; Scholz, § 9 Anm.4; Vogel, § 9 Anm. 1. A.M.: Schilling bei Hachenburg, § 9 Anm. 2,3; Scheinmann, S.56.
Gegen eine Garantiehaftung ohne Verschulden spricht, daß das Zivilrecht grundsätzlich für die Gewährung eines Schadensersatzanspruchs Verschulden voraussetzt, § 276 BGB. Soll auch für Zufall gehaftet werden, muß das ausdrücklich im Gesetz erwähnt sein; vgl. §§ 278 Abs. 2, 459 ff, 633 ff, 701 BGB.

den Geschäftsführern ein Haftungsvertrag geschlossen worden ist, auf Grund dessen sie schadensersatzpflichtig sind.²⁹⁰⁾

Außerdem sind die Geschäftsführer den Gesellschaftern direkt verantwortlich, wenn sie schuldhaft entgegen § 30 an einzelne Gesellschafter Zahlungen geleistet haben, dieser Betrag von den Empfängern nicht mehr zurückverlangt werden kann, und deshalb die übrigen Gesellschafter gem. § 31 Abs. 3 in Anspruch genommen worden sind, § 31 Abs. 6. Anspruchsberechtigt gegenüber dem Geschäftsführer ist nur ein Mitgesellschafter, der regreßpflichtig geworden ist.

Neben vertraglichen Ansprüchen oder denen aus dem GmbHG sind die Geschäftsführer den einzelnen Gesellschaftern natürlich dann ersatzpflichtig, wenn sie ihnen gegenüber eine unerlaubte Handlung gem. §§ 823 ff BGB begangen haben. Diese Haftungsgrundlage steht aber in keiner Beziehung zu dem Verhältnis Geschäftsführer - Gesellschaft - Gesellschafter, sondern ist ein allgemeiner Schadensersatzanspruch, der jedem rechtsfähigen Subjekt zusteht.

c) Die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern.

Grundsätzlich haften weder die Geschäftsführer noch die Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Der Befriedigung der Gläubiger dient lediglich das Gesellschaftsvermögen, § 13 Abs. 2. Das ergibt sich aus der Trennung von natürlicher und juristischer Person, die beide selbständige Vermögensträger sind. Haftungsmäßig wird die juristische Person der natürlichen gleichgestellt. Da die Gläubiger mit der GmbH - vertreten durch die Geschäftsführer - kontrahiert haben, können sie auch nur von der Gesellschaft Befriedigung verlangen.

290) Sudhoff, S. 80

2. Die zivilrechtliche Haftung des Direktors einer ExPrC.

a) Die Haftung gegenüber der Gesellschaft.

Eine dem § 43 entsprechende Haftungsgrundlage des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft ist dem englischen Recht unbekannt. Die Übernahme des Amtes begründet für den Direktor verschiedene Pflichten, bei deren Verletzung er schadensersatzpflichtig ist. Diese Aufgaben können sich entweder aus dem Gesetzesrecht, dem Fallrecht (common law und equity), der Satzung oder dem Dienstvertrag ergeben. Anspruchsgrundlage der Gesellschaft ist dann die Verletzung einer dieser Pflichten (breach of duty).

Da der full-time oder managing director mit der Gesellschaft meistens einen Dienstvertrag abschließt, sind auf diesen Vertrag teilweise die Regeln des common law für das Verhältnis Prinzipal-Angestellter anzuwenden (master-servant). Der Maßstab der Sorgfalt, die bei der Geschäftsführung anzuwenden ist, wurde schon erörtert:²⁹¹⁾ der Direktor muß nur ehrlich (honestly) handeln, ein vernünftiges Maß von Sorgfalt und Erfahrung anwenden, das von einem Durchschnittsmenschen bei der Durchführung seiner eigenen Geschäfte erwartet wird und kann sich im übrigen auf Informationen von Mitdirektoren, Angestellten und außenstehenden Dritten verlassen. Das Maß der Sorgfalt richtet sich dabei nach dem einzelnen Fall, der Gesellschaft und der Person des Direktors. Die Festlegung des Umfangs der anzuwendenden Sorgfalt in einer Generalklausel entspricht nicht dem englischen Rechtsdenken.²⁹²⁾ Bei fahrlässiger oder vorsätzlicher Verletzung einer dieser Pflichten ist der Direktor der Gesellschaft gegenüber

291) s.o. (§ 5, 5 S. 82 ff)

292) Dovey v. Corcy /1901/ A.C. 477, 488

zum Schadensersatz verpflichtet (damages). Die frühere Regelung, daß eine Schadensersatzpflicht nur dann begründet wird, wenn der Direktor nur grob fahrlässig handelt²⁹³⁾, ist später aufgehoben worden. Heute genügt jeder Grad von Fahrlässigkeit.²⁹⁴⁾

Weitere Schadensersatzansprüche der Gesellschaft können sich dann ergeben, wenn der Direktor eine Handlung begeht, die mit seiner Stellung als Treuhänder (trustee or fiduciary position) nicht vereinbar ist. Danach ist er verpflichtet, eine Handlung eines Mitdirektors, durch die der Gesellschaft ein Schaden entstehen könnte, zu verhindern. Versucht er nicht mit allen ihm zur Verfügung stehenden Mitteln die Gesellschaft vor einem drohenden Schaden zu bewahren, macht er sich selbst schadensersatzpflichtig. Die Pflichtverletzung besteht hier in einem Unterlassen.²⁹⁵⁾

Dem Direktor ist es nicht erlaubt, irgendeinen Vorteil aus seiner Stellung als Gesellschaftsorgan zu ziehen, ausgenommen das Gehalt, das ihm die Gesellschaft zahlt, sei es, daß er auf Grund seiner Direktorenstellung günstig Geschäftsanteile der Gesellschaft erwirbt oder an ihrem Verkauf in irgendeiner Weise persönlich beteiligt ist.²⁹⁶⁾ Es ist gleichgültig, ob der Direktor die näheren Umstände kannte, oder ob er zum Vorteil der Gesellschaft handeln wollte, oder aber seine Stellung bewußt ausnutzte, um sich einen persönlichen Gewinn zu verschaffen. Nur die objektiven Tatsachen sind entscheidend.

Weiterhin ist es ihm verboten, Geschenke oder heimliche Zuwendungen anzunehmen, oder sich versprechen zu lassen, die ihm als Direktor der Gesellschaft gemacht werden. Auch hier ist es ohne Bedeutung, ob der Annehmende sich bewußt ist, daß ihm eine Zuwendung, gleichgültig in welcher Form, von einem Dritten gemacht wird. Sogar die kleinen Aufmerksamkeiten, die den Geschäftsführern üblicherweise zum Jahresende gemacht werden, fallen unter dieses Verbot. Es gilt der

293) Re National Bank of Wales /1899/ 2 Ch. 629, 672

294) Re City Equitable Fire Insurance Co. /1925/ Ch.407,427

295) Palmer, S. 566

296) Parker v. McKenna (1874) 10 Ch.App. 96, 124 f.

strenges Grundsatz des common law, daß kein Vertreter aus seiner Vertreterstellung irgendeinen Vorteil ziehen und sich an Geschäften, die er im Namen des Vertretenen abschließt, persönlich beteiligen darf, es sei denn, der Prinzipal erlaubt es ihm. Die Zuwendungen brauchen weder für den Gewährenden noch den Annehmenden den Charakter einer Bestechung zu haben. Die bloße Tatsache des Gebens reicht aus.²⁹⁷⁾ Der Verdacht einer Korruption wird immer unwiderlegbar vermutet.

In all diesen Fällen ist der Direktor verpflichtet, das was er erlangt hat, an die Gesellschaft herauszugeben, gleichgültig, ob ihr dadurch ein direkter Schaden entstanden ist oder nicht, z.B. wenn der Vorteil durch die Zuwendung eines Dritten entstanden ist. Der Gesellschaft steht immer ein Schadensersatzanspruch zu. Befindet sich der Gegenstand noch im Besitz des Direktors, wird er als zum Vermögen der Gesellschaft gehörend angesehen. Der Anspruch ist kein Herausgabeanspruch, sondern ein Schadensersatzanspruch wegen Vermögensverletzung, der in natura zu leisten ist. Ist das Erlangte nicht mehr in der Form vorhanden, wie es zugewendet worden war, dann ist Ersatz in Geld zu leisten.

Aus dieser Erörterung mag hervorgehen, daß die Anforderungen an die bei der Ausführung der Geschäfte der Gesellschaft erforderlichen Sorgfalt nicht allzu hoch sind. Es werden von dem Direktor keine größeren Leistungen verlangt, als von jedem anderen Individuum auch. Dagegen werden sehr hohe Ansprüche an seine Redlichkeit (loyalty) gestellt, wenn es darum geht, die Angelegenheiten der Gesellschaft von den Privatgeschäften des Geschäftsführers zu trennen und so einen Interessenkonflikt zu vermeiden. In der Praxis wird diesen Vorschriften allerdings dadurch etwas an Schärfe genommen, daß den Direktoren oft in den articles oder im Dienstvertrag erlaubt wird, selbst Geschäfte mit der Gesellschaft abzuschließen.²⁹⁸⁾ Allerdings bleibt dann immer noch die Pflicht bestehen, die Art und Höhe der persönlichen Beteiligung und den daraus erzielten Gewinn dem board darzulegen.

Vergleicht man die Stellung des Geschäftsführers einer GmbH in dieser Hinsicht mit der des Direktors einer ExPrC,

297) Industries and General Mortgage Co. v. Lewis (1949/ 2 All E.R. 573, 576

298) Gower, S. 505

ergibt sich, daß in Deutschland der Maßstab der bei der Geschäftsführung anzuwendenden Sorgfalt sehr viel größer ist als in England. Die Gefahr, der Gesellschaft Schadensersatz leisten zu müssen, ist für den GmbH-Geschäftsführer weitaus größer. Dagegen wird sowohl von dem ordinary als auch von dem managing director eine größere Loyalität gegenüber der Gesellschaft verlangt, wenn es um die Unterscheidung von Privat- und Gesellschaftsinteressen geht. Diese Grundeinstellung ist typisch englisch: man verlangt von dem director nicht, daß er Spezialist auf dem Geschäftsbereich der Gesellschaft ist. Dafür hat man die übrigen Angestellten, die diese Fachkenntnisse besitzen. Der Direktor dagegen repräsentiert die Gesellschaft nach außen. Für diesen Zweck muß man eine integre Persönlichkeit haben, die nicht einmal solche Geschäfte ausführen darf, bei denen sich auch nur der Verdacht einer Unregelmäßigkeit auf Grund der Stellung in der Gesellschaft ergeben könnte. Diese äußere Haltung wird dementsprechend honoriert: man verzeiht dem Direktor großzügig, wenn infolge seiner mangelnden Fachkenntnisse der Gesellschaft ein finanzieller Nachteil entsteht. Dieser wird dann von allen Gesellschaftern gemeinsam getragen. Der Satz: "to act honestly for the benefit of the company", dürfte diese Situation am deutlichsten charakterisieren. Ob diese Grundeinstellung mit den heutigen geschäftlichen Erfordernissen noch vereinbar ist, kann allerdings bezweifelt werden. Sie mag für den ordinary director noch berechtigt sein, wenn die tagtägliche Geschäftsführung auf eins der Mitglieder des board übertragen ist. Jedoch scheint es, daß man das Maß der Sorgfalt, Erfahrung und des Fachwissens des managing director verschärfen müßte.

Vor Erlaß des Companies Act von 1928 war es üblich, die Haftung des director gegenüber der Gesellschaft durch eine entsprechende Vereinbarung in den articles oder im Dienstvertrag auszuschließen oder einzuschränken. Er sollte nur dann ersatzpflichtig sein, wenn man ihm ein vorsätzliches Handeln zum Nachteil der Gesellschaft (wilful default) nachweisen konnte. Dann waren die Direktoren von der Haftung für Schäden, die auf Verletzung ihrer Geschäftsführerplichten

beruhten, befreit.²⁹⁹⁾ Heute wird durch s.205 bestimmt, daß eine Klausel in den articles, die die Haftung der Direktoren vermindert oder ausschließt, grundsätzlich nichtig ist. Eine Verschärfung der Haftung ist dagegen immer möglich. Sie kann schon in der Satzung oder in dem nachfolgenden Dienstvertrag festgelegt werden.

Unter bestimmten Voraussetzungen kann das Gericht die Haftung eines Direktors vermindern oder ausschließen. Wird gegen den Geschäftsführer eine Klage wegen Pflichtverletzung (breach of duty or breach of trust) erhoben, steht es im Ermessen des Gerichts, die Haftung des Beklagten zu begrenzen oder ganz auszuschließen - obwohl er eine Pflichtverletzung begangen hat -, wenn er in den Augen der Richter ehrlich und vernünftig (honestly and reasonably) gehandelt hat, und es unbillig wäre, von ihm Schadensersatz zu verlangen, s.448. Nach einer Auffassung gilt das für die Fälle, in denen die Sorgfaltspflicht des Direktors satzungsmäßig oder vertraglich verschärft ist. Die Verletzung der allgemeinen Sorgfaltspflicht fällt wohl nicht darunter, da der Direktor im allgemeinen nur honestly und reasonably handeln muß. Dieser Paragraph, s.448, läßt noch eine weitere Interpretation zu: Das Wort "reasonable" bedeutet hier nicht die "erforderliche Sorgfalt" oder "vernünftig", sondern meint, daß der Geschäftsführer nicht "dumm" gehandelt hat, aber auch nicht so, wie es im allgemeinen erforderlich ist. In beiden Fällen wird das Maß an Sorgfalt - entweder das vertragliche oder gesetzliche - durch den Richter vermindert. Vertragliche Vereinbarungen oder gesetzliche Maßstäbe können durch richterlichen Akt außer Kraft gesetzt werden. Eine dementsprechende Regelung ist hinsichtlich der Haftung des Geschäftsführers dem deutschen Gesellschaftsrecht unbekannt und auch nicht erforderlich, da der Sorgfaltsmaßstab im Gesetz präzise festgelegt ist.

Haben mehrere Direktoren sich einer Pflichtverletzung schuldig gemacht, dann haften sie als Gesamtschuldner (jointly and severally), d.h. die Gesellschaft kann jeden in Höhe des

299) Re Brazilian Rubber Estates, Ltd. /1911/ 1 Ch. 425, 440

ganzen Schadens in Anspruch nehmen.³⁰⁰⁾ Ein Unterschied zum deutschen Recht besteht darin, daß die einzelnen Direktoren nicht verpflichtet sind, sich gegenseitig zu überwachen, es sei denn, es liegt ein begründeter Verdacht für eine Pflichtverletzung vor. Deshalb wird eine Haftung, die auf Unterlassen begründet ist, sehr viel seltener sein als bei der GmbH. Im Gegensatz zu den Geschäftsführern, die als Gesamtschuldner haften, wenn keine Geschäftsverteilung vorgenommen worden ist, haften die Mitglieder des board nur gesamtschuldnerisch, wenn sie an der zum Schaden führenden Handlung persönlich beteiligt waren. Im Innenverhältnis findet zwar dann auch ein Ausgleich statt, aber nicht unbedingt nach dem Maß des Verschuldens. Es steht im Ermessen des Gerichts, die Ausgleichsansprüche festzusetzen. Haben mehrere Direktoren verdeckte und unerlaubte Gewinne zum eigenen Vorteil erzielt, indem sie gemeinsam handelten, dann haften sie nicht als Gesamtschuldner, sondern jeder muß der Gesellschaft nur den Betrag zurückerstatten, den er tatsächlich erhalten hat. Nur für die Zahlung der Gerichtskosten haften sie wieder als Gesamtschuldner.³⁰¹⁾ Diese Regelung gilt nur dann, wenn der Gesellschaft kein direkter Schaden entstanden ist, z.B.: die Gewährung von Geschenken durch Dritte. Ist die Bereicherung dagegen unmittelbar aus dem Gesellschaftsvermögen erfolgt, dann liegt eine Pflichtverletzung vor. Für den daraus entstandenen Schaden haften die beteiligten Direktoren wieder als Gesamtschuldner.³⁰²⁾

b) Die Haftung gegenüber den Gesellschaftern.

Weder durch die articles noch die Ernennung wird den Direktoren eine Treupflicht gegenüber den einzelnen Gesellschaftern auferlegt.³⁰³⁾ Auch das common law begründet keine solche Verpflichtung, auf Grund deren die Mitglieder des board den Gesellschaftern persönlich verantwortlich wären. Es ist den Parteien natürlich überlassen, Verträge zu schließen, durch die eine Haftung der Direktoren gegenüber den ein-

300) Re Faure Electric Accumulator Co. (1888) 40 Ch.D. 141, 158

301) Parker v. McKenna (1874) 10 Ch.App. 96, 123 f

302) Pennington, S. 411

303) Bell v. Lever Brothers, Ltd. /1932/ A.C. 161, 228

zelnen Gesellschaftern begründet wird. Beauftragt ein Gesellschafter den managing director, seine Geschäftsanteile an einen Dritten zu veräußern, und der Direktor kauft sie zuerst für sich, später verkauft er sie an einen Nichtgesellschafter mit Gewinn, dann hat er seine Pflicht als Vertreter des Gesellschafters verletzt und muß deshalb den Gewinn, den er aus dieser Transaktion erzielt hat, an den Prinzipal herausgeben.³⁰⁴⁾ Dieser Anspruch ergibt sich nicht aus dem Verhältnis Gesellschafter - Geschäftsführer, sondern aus der Beziehung Vertreter - Geschäftsführer.

Diese Regelung entspricht der deutschen: Der Geschäftsführer ist nicht dem einzelnen Gesellschafter, sondern nur der Gesellschaft als juristischer Person schadensersatzpflichtig.

Wenn auch die Direktoren den Gesellschaftern nicht persönlich haften, stehen die einzelnen Aktionäre doch den Hauptgesellschaftern, die bei der PrC im allgemeinen auch die Geschäfte der Gesellschaft führen, nicht schutzlos gegenüber. In s.120 hat der Gesetzgeber Vorsorge dafür getroffen, daß sich die Minorität bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen an die Gerichte wenden kann, um Benachteiligungen durch die Mehrheit zu verhindern.

Die Richter können dann entscheiden, daß solche Maßnahmen getroffen werden, durch die Schädigungen der Minorität in Zukunft verhindert werden. Im einzelnen bedeutet das, daß einzelnen Mehrheitsaktionären zur Auflage gemacht werden kann, einen Teil ihrer Aktien an andere Gesellschafter zu verkaufen, um so ein Stimmengleichgewicht herzustellen. Weiterhin kann auf Verlangen des Gerichts das Memorandum oder die Satzung zugunsten der Minderheit geändert werden.

Voraussetzung für einen solchen Anspruch ist, daß

- a) der Kläger der Minderheit angehört,
- b) er beweist, daß die Geschäfte der Gesellschaft auf eine ihn persönlich oder die Minderheit benachteiligende Art und Weise (oppressive) geführt werden,
- c) dadurch eine Auflösung der Gesellschaft durch Gerichtsbeschluß gerechtfertigt wäre, die Zwangsliquidation aber einen zu großen Nachteil für den Kläger mit sich bringen würde.

304) Allen v. Hyatt (1914) 30 T.L.R. 444

Damit das Handeln der Mehrheit als "oppressive" angesehen und beurteilt wird, ist erforderlich, daß

- a) der Kläger durch die vorgetragenen Tatsachen in seinen Rechten als Gesellschafter verletzt worden ist,
- b) diese Verletzung in direkter Verbindung mit der Geschäftsführung der Gesellschaft erfolgt ist,³⁰⁵⁾
- c) die Benachteiligung der Minderheit nicht nur eine Zwangs-Liquidation rechtfertigen würde, sondern darüber hinaus in hohem Maße unzumutbar für den Kläger ist³⁰⁶⁾ und wenigstens als unredlich (unfair) angesehen wird.

Die Tatsache allein, daß der Kläger das Vertrauen in die Direktoren verloren hat, oder daß er mit der Geschäftsführung im allgemeinen unzufrieden ist, rechtfertigt seinen Anspruch nicht. In einigen Urteilen ist "oppressive" mit "burdensome" (drückend) "harsh and wrongful" (hart und unbillig) umschrieben worden.³⁰⁷⁾ "Oppression" verlangt wenigstens einen Mangel an Rechtschaffenheit oder fairem Handeln in Bezug auf die Mitgliedschaftsrechte des Klägers.³⁰⁸⁾

Wann allerdings im Einzelfall eine solche schwerwiegende Benachteiligung der Minorität durch die Majorität vorliegt, die als "Oppression" bezeichnet werden kann, ist bestritten wie in jedem Fall, wo eine Generalklausel auf einen konkreten Sachverhalt anzuwenden ist.³⁰⁹⁾

Auf den ersten Blick mag es erscheinen, daß dieses Problem nicht direkt die Haftung der Direktoren gegenüber den einzelnen Gesellschaftern behandelt. In s.210 ist aber negativ die Pflicht ausgedrückt, daß die Mehrheit die Minderheit nicht unbillig benachteiligen darf. Da bei der Ex.PrC der oder die Mehrheitsaktionäre sich das Recht vorbehalten, die

305) Scottish Co-operative Wholesale Society Ltd.v.Meyer /1959/ A.C. 324, 339

306) In Re Five Minute Car Wash Service Ltd. /1966/ 1 W.L.R. 745, 751

307) Scottish Co-operative Wholesale Society Ltd. v.Meyer 1952 S.C. S.49

308) Ibid., S. 60

309) vgl. die kritische Anmerkung von Pennington: "The Limits of Oppression" in The Solicitors' Journal 1965, 1019 f zu dem Urteil Re Bellador Silk Ltd. /1965/ 1 All E.R. 667, das zum 1. Mal eine Klage, die auf s.210 gestützt wurde, abgewiesen hat.

Geschäfte der Gesellschaft zu führen, indem sie die Stelle des managing director übernehmen, wird es sich bei den meisten Klagen um solche handeln, die von einzelnen Aktionären gegen die Geschäftsführung erhoben werden. Da s.210 neben Präventivmaßnahmen auch einen Schadensersatzanspruch gewährt, wird insoweit die Frage der Haftung des Geschäftsführers gegenüber dem einzelnen Gesellschafter berührt.

c) Die Haftung gegenüber Gesellschaftsgläubigern.

Schließen Direktoren im Namen der Gesellschaft mit Dritten Verträge ab, so obliegt ihnen weder eine treuhänderische noch eine satzungsmäßige Pflicht gegenüber den Vertragspartnern, bei deren Verletzung sie persönlich schadensersatzpflichtig wären. Die Verantwortung trägt grundsätzlich allein die Gesellschaft.³¹⁰⁾

Von dieser Regel gibt es verschiedene Ausnahmen, auf Grund deren die Direktoren den Vertragspartnern der Gesellschaft persönlich haften.

Wurde ein Geschäft der Gesellschaft von den Direktoren in der Absicht ausgeführt, die Gläubiger zu benachteiligen, dann kann das Gericht entscheiden, daß die Geschäftsführer, die für diese Handlung verantwortlich sind, dem Dritten persönlich und unbeschränkt haften, entweder für alle Gesellschaftsschulden oder für den Teil, den das Gericht nach eigenem Ermessen bestimmen kann, s. 332,1. Voraussetzung für diesen Anspruch ist, daß die Gesellschaft sich im Abwicklungsverfahren befindet. Eine solche Handlung der Direktoren wird im allgemeinen dann vorliegen, wenn sie immer neue Verbindlichkeiten der Gesellschaft begründen, obwohl sie wissen, daß sie nicht in der Lage sein werden, die Gläubiger aus dem Gesellschaftsvermögen zu befriedigen.³¹¹⁾

Haben die Direktoren einen Vertrag im Namen der Gesellschaft abgeschlossen, der ultra-vires ist, ist der Vertrag grundsätzlich nichtig, und der Dritte kann von der Gesellschaft selbst keinen Schadensersatz verlangen. Ihm bleibt nur die Möglichkeit, auf Herausgabe der Sache zu klagen,

310) Wilson v. Lord Bury (1880) 5 Q.B.D. 518, 531 f.
Clark v. Urquhart /1930/ A.C. 28, 53

311) Re William L. Leitch Brothers Ltd. /1932/ 2 Ch. 71, 77 ff.

falls diese noch vorhanden ist.³¹²⁾ Ist der Gegenstand schon verbraucht oder mit anderen untrennbar verbunden, steht dem Vertragspartner kein Schadensersatzanspruch in Geld zu, z.B.: die Gesellschaft hat ein Darlehen aufgenommen, obwohl sie dazu nach dem memorandum nicht berechtigt war und hat das Geld verbraucht. Dieser äußerst strenge Grundsatz des common law, nach dem aus einem nichtigen Vertrag für keine Partei irgendwelche Rechte erwachsen - der Darlehensgeber könnte also das Darlehen nicht zurückverlangen - ist durch die equity-Rechtsprechung dahingehend abgewandelt worden, daß dem Gläubiger auch in diesem Fall ein Schutz gewährt werden muß. Es steht ihm zwar kein Anspruch gegen die Gesellschaft zu. Unter bestimmten Voraussetzungen kann er aber Schadensersatz von den Direktoren verlangen, die den ultra vires Vertrag im Namen der Gesellschaft abgeschlossen haben. Durch sein Handeln für die Gesellschaft hat der Direktor konkludent versichert, daß die Gesellschaft diesen Vertrag abschließen kann, und er sie in dieser Angelegenheit bindend vertreten kann (breach of warranty of authority). Dieser Begründung könnte der Beklagte dann entgegenhalten, daß dieser Mangel aus den Gesellschaftsurkunden ersichtlich gewesen sei. Da für den Dritten die Pflicht besteht, den Inhalt dieser Urkunden zu kennen, wäre eine Täuschung für den Schadensersatzanspruch nicht relevant gewesen. Um dieses Problem zu lösen, unterscheidet die Rechtsprechung zwei Gruppen von Fällen: Dem Dritten ist ein Schadensersatzanspruch gegen den Direktor dann zu gewähren, wenn eine falsche Zusicherung im tatsächlichen Bereich erfolgt ist, z.B.: der Direktor nimmt ein Darlehen auf, dessen Höhe aber diejenige Summe überschreitet, die im memorandum vorgesehen ist (misrepresentation of fact).³¹³⁾ Die Gesellschaft kann grundsätzlich Darlehen aufnehmen, nur die Höhe ist beschränkt. Bei einer konkludenten Zusicherung im rechtlichen Bereich (misrepresentation in law) soll dem Drit-

312) Gower, S. 88 f; Palmer, S. 384 ff. In den dort angeführten Fällen werden die Ansprüche der Gläubiger gegen die Gesellschaft eingehend untersucht; vgl. besonders: Sinclair v. Brougham /1914/ A.C. 398
Re Diplock /1948/ Ch. 465

313) West London Commercial Bank v. Kitson (1883) 12 Q.B.D. 157, 160 f.

ten dagegen kein Anspruch gegen den Direktor zustehen³¹⁴⁾, z.B.: die Gesellschaft war grundsätzlich nicht dazu ermächtigt, Darlehen aufzunehmen. Pennington bezweifelt, ob diese Unterscheidung bei Gesellschaften, die unter die Regelung des Companies Act von 1948 fallen, überhaupt noch gerechtfertigt ist. Er will jede falsche Zusicherung als eine Täuschung im tatsächlichen Bereich ansehen und in jedem Fall einen Schadensersatzanspruch dem Dritten gegen den Direktor zustehen.³¹⁵⁾ In der Tat dürfte es oft Schwierigkeiten bereiten, zu unterscheiden, ob die Täuschung im rechtlichen oder tatsächlichen Bereich erfolgt ist. Es ist aber daran festzuhalten, daß diese Unterscheidung noch von der Rechtsprechung gemacht wird und damit geltendes Recht ist.

Diese Probleme ergeben sich im deutschen Recht nicht, da die Gesellschaft im gleichen Umfang geschäftsfähig ist wie eine natürliche Person, und daher jeder von ihren Geschäftsführern in ihrem Namen geschlossener Vertrag wirksam ist. Der Vertragspartner kann Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung von der Gesellschaft, nicht aber von dem Geschäftsführer verlangen. Deshalb ist eine persönliche Haftung des Geschäftsführers nicht erforderlich.

Sinkt die vom Gesetz vorgeschriebene Anzahl der Gesellschafter unter die Mindestzahl - bei der Ex.PrC zwei - dann haftet der übrig bleibende Gesellschafter für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich, wenn die Gesellschaft ihre Tätigkeit länger als sechs Monate weiterführt, ohne daß ein zweiter Gesellschafter hinzukommt. Die persönliche Haftung bezieht sich allerdings nur auf die Schulden, die in der Zeit entstanden sind, als die Gesellschaft nur aus einem Gesellschafter bestand, s.31, also bei einer Einmann-Gesellschaft. Diese Haftungsgrundlage gilt zwar nicht direkt für den Geschäftsführer. In den meisten Fällen wird aber der einzige Gesellschafter zugleich Geschäftsführer, zumal das Prinzip der Selbstorganschaft bei der Ex.PrC stärker ausgebildet ist als bei der GmbH. Eine Einmann-Gesellschaft, bei der der einzige Gesellschafter nicht zugleich managing director ist, dürfte nur sehr selten anzutreffen sein. Insoweit betrifft

314) Rashdall v. Ford (1866) 2 Eq. 750, 754

315) Pennington, S. 413 f.

diese Frage auch die Stellung des Direktors. Aber auch in dem Fall, daß eine solche Gesellschaft einen Nichtgesellschafter zum managing director bestellt hat, tritt die persönliche Haftung des Gesellschafters ein. Der Geschäftsführer haftet dagegen dann nicht persönlich.

Eine dem s.31 entsprechende Vorschrift kennt das GmbHG nicht. Auch bei der Einmanngesellschaft - die Zulässigkeit dieser Gesellschaftsform ist schon vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung bejaht worden³¹⁶⁾ - gilt grundsätzlich die Trennung von natürlicher und juristischer Person.³¹⁷⁾ Das bedeutet haftungsmäßig, daß die Gläubiger einer Einmann-GmbH Befriedigung ihrer Ansprüche nur aus dem Gesellschaftsvermögen verlangen können.

Lehre und Rechtsprechung haben von diesem Grundsatz eine bedeutende Ausnahme entwickelt für die Einmanngesellschaft, bei der regelmäßig der einzige Gesellschafter auch Geschäftsführer ist. Insoweit berührt diese Frage auch im deutschen Recht die Stellung des Geschäftsführers.

In bestimmten Fällen wird das Trennungsprinzip aufgehoben. Alleingesellschafter und Gesellschaft werden dann als eine Einheit behandelt³¹⁸⁾, wenn die wirtschaftlichen Bedürfnisse es erfordern³¹⁹⁾, näher konkretisiert, wenn die Berufung auf die Trennung von natürlicher und juristischer Person und die sich daraus ergebenden vermögensrechtlichen Konsequenzen gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen würden³²⁰⁾, und dies eine Gläubigerbenachteiligung zur Folge hätte, wenn also durch das Trennungsprinzip Dritten zustehende Leistungen verhindert würden.³²¹⁾

Dieser Grundsatz gilt für die verschiedensten Bereiche des Geschäftsverkehrs der Gesellschaft mit Dritten, z.B. für Wettbewerbsverbote, Firmennamen und Anfechtungstatbestände. Hier interessiert aber nur die Anwendung dieses Prinzips auf

316) RGZ 68, 172 ff; 129, 50, 53; 169, 240, 248. Aus der Lehre vgl. Siebel in JZ 1953, 724 f mit weiteren zahlreichen Nachweisen.

317) BGHZ 22, 226 ff, der die Rechtsprechung des RG weiterführt.

318) BGHZ S. 229/230

319) RGZ 129, 50, 53 f

320) RGZ 169, 240, 248

321) RGZ 156, 271, 277

die Haftung des Gesellschafter-Geschäftsführers einer Einmann-GmbH gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft.

Die Entscheidung, ob neben dem Vermögen der Gesellschaft auch das Privatvermögen des Alleingesellschafters haftet, kann nur für den konkreten Fall getroffen werden. Das Vorliegen besonderer qualifizierter Umstände begründet erst die doppelte Haftung.³²²⁾ So hat das Reichsgericht entschieden, daß der Alleingesellschafter dann persönlich haftet, wenn er durch sein Verhalten den Anschein erweckt hat, daß neben dem Gesellschaftsvermögen auch sein Privatvermögen die Forderung sichern soll, ohne daß es auf einen konkreten Verpflichtungswillen ankommt.³²³⁾ Voraussetzung ist natürlich, daß er in irgendeiner Form bei den Vertragsverhandlungen mitgewirkt hat. Das wird häufig dann der Fall sein, wenn er bei Kreditverhandlungen für die Gesellschaft auf sein Privatvermögen hinweist.

In abgewandelter Form trifft das auch für Konzerne zu, wenn eine Tochtergesellschaft größere Abschlüsse tätigt, und dabei objektiv der Anschein erweckt wird, daß das beherrschende Unternehmen für die Verpflichtungen des abhängigen einstehen werde.³²⁴⁾

Als weiterer qualifizierender Grund wird die Vermischung des Gesellschafts- und Privatvermögens angeführt. Dabei wird die Absicht der Gläubigerbenachteiligung unterstellt.³²⁵⁾

Im Ergebnis stimmt Reinhardt mit der h.L. und der Rechtsprechung überein: Bei Anwendung bestimmter Rechtsnormen werden Alleingesellschafter und Gesellschaft als Einheit betrachtet. Kommen weiter Gründe hinzu, dann tritt neben die Haftung der Gesellschaft die persönliche Haftung des Alleingesellschafters.³²⁶⁾ Nur in der Begründung des Anspruchs weicht er ab. Während die h.L. ihre Begründung auf den auch das Gesellschaftsrecht beherrschenden Grundsatz von Treu und

322) Siebert in BB 1954, 417 f.

323) RG in JW 1926, 1483

324) Feine, S. 451

325) OLG Karlsruhe in DR 1943, 811

326) Reinhardt, S. 593 (Zusammenfassung)

Glauben abstellt (Grundsätze des redlichen Geschäftsverkehrs, berechnigte Interessen des Gläubigers³²⁷⁾, geht er davon aus, daß zu der Identität von Gesellschafter und Gesellschaft weitere Rechtsgründe hinzukommen müssen - Verstöße gegen den ordre public, gegen allgemeine Ordnungsprinzipien der Wirtschaft oder gegen bestimmte Organisationspflichten³²⁸⁾ -, um die persönliche Haftung zu begründen. Das Recht enthält gewisse Ordnungsprinzipien. Eine seiner Aufgaben ist es, das Wirtschaftsleben zu ordnen. Verstöße gegen diese Ordnung sind mit dem Gesetz nicht vereinbar.

Der Unterschied zu der Begründung aus Treu und Glauben besteht darin, daß diese aus dem Gesetz selbst erfolgt, wogegen Reinhardt die Schranke des Ordnungsprinzips dem Gesetz als vorgestellt ansieht.

Eine moderne Auffassung vertritt Schilling, indem er sagt, daß in diesen Fällen keine juristische Person mehr besteht, sondern ein gebundenes Sondervermögen des Alleingesellschafters. Dieses Vermögen ist mit allen Rechten und Pflichten belastet.³²⁹⁾ Die Haftung des Alleingesellschafters ergibt sich dann zwangsläufig.

Festzustellen ist, daß es heute fast unbestritten ist, daß in gewissen Fällen das Trennungsprinzip zwischen juristischer und natürlicher Person aufgehoben wird, und beide als eine Einheit betrachtet werden. Als Folge ergibt sich daraus, daß bei Vorliegen weiterer Gründe der Alleingesellschafter dem Gesellschaftsgläubiger auch persönlich haftet. Im Ergebnis ist damit Einstimmigkeit erzielt: Meinungsverschiedenheiten ergeben sich nur in der Begründung (Treu und Glauben einerseits - Ordnungsprinzipien andererseits) oder in der juristischen Konstruktion der Einmanngesellschaft (gebundenes Sondervermögen). Ein Anspruch gegen den Gesellschafter selbst wird dem Gläubiger allgemein zuerkannt.

327) für alle vgl. Siebert in BB 1954, 417 f.

328) Reinhardt, S. 593

329) Schilling in JZ 1953, 161 ff.

Im Unterschied zum deutschen Recht, wo die persönliche Haftung des Einmanngesellschafters erst von der Lehre und Rechtsprechung entwickelt worden ist, hat der englische Gesetzgeber sie ausdrücklich geregelt. Das bedeutet einerseits eine Verschärfung, andererseits eine Besserstellung. Eine Verschärfung deshalb, weil der einzige Gesellschafter in jedem Fall haftet. Die besonderen Voraussetzungen, die die Aufhebung des Trennungsprinzips von Gesellschafter und Gesellschaft und damit die persönliche Haftung bewirken, sind im englischen Recht nicht erforderlich, weil die persönliche Haftung mit dem Absinken der Gesellschafterzahl unter das vom Gesetz verlangte Minimum ipso iure eintritt. Eine Besserstellung im Vergleich zur GmbH besteht darin, daß die Gesellschaftsgläubiger den Gesellschafter erst dann persönlich in Anspruch nehmen können, wenn die Gesellschaft ihre Geschäfte als Einmanngesellschaft länger als sechs Monate weiterführt, und dann auch nur für die Forderungen, die in dieser Zeit begründet worden sind.

Es wäre zu überlegen, ob eine dem s.31 entsprechende Regelung nicht auch bei der GmbH angebracht wäre, allerdings ohne die einschränkenden Fristen, in der Form, daß der Einmanngesellschaftler für die Schulden der Gesellschaft in jedem Fall persönlich haftet. Diese Regelung sollte auch auf eine Gesellschaft ausgedehnt werden, die zwar zwei oder mehrere Gesellschafter hat, von denen aber einer die absolut herrschende Rolle spielt, und die anderen nur Strohmänner sind, um den Gründungserfordernissen Genüge zu tun. Eine Abschaffung der Einmanngesellschaft sollte nicht erfolgen, da sowohl im deutschen als auch im englischen Recht ein wirtschaftliches Bedürfnis für diese Gesellschaftsform besteht.³³⁰⁾ Durch eine entsprechende Haftungserweiterung würden die dubiosen Gesellschaftsgründungen verhindert, die nur deshalb

330) vgl. dazu: Rice in B.L.J. (1964) 7, S.36 ff: "One Man" Company or One Man "Company".

erfolgen, um die Haftung auf eine bestimmte Summe zum Nachteil der Gläubiger zu beschränken. Damit wäre das Hauptargument, das die Gegner der Einmanngesellschaft vorbringen, entkräftet.

3. Die strafrechtliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers.

Neben den allgemeinen Bestimmungen des Strafrechts - hier kommen besonders Unterschlagung, Untreue und Urkundenfälschung in Betracht - enthält das GmbHG weitere spezielle Straftatbestände für den Geschäftsführer.

Er wird wegen Untreue gegenüber der Gesellschaft gem. § 81 a bestraft, wenn er vorsätzlich zum Nachteil der Gesellschaft gehandelt hat. Diese Strafnorm geht als *lex specialis* der Untreue in § 266 StGB vor. Weiterhin sind mit Strafe bedroht bestimmte konkursrechtliche Handlungen. Der Geschäftsführer, der es entgegen § 64 schuldhaft unterlassen hat, bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung den Antrag auf Eröffnung des Vergleichs- oder Konkursverfahrens zu stellen, kann mit Gefängnis bestraft werden. Gem. § 83 finden die §§ 239-241 KO auch auf den Geschäftsführer Anwendung. Danach kann er wegen betrügerischen Bankrotts bestraft werden, wenn er nach Zahlungseinstellung oder nach Eröffnung des Konkursverfahrens Vermögensgegenstände der Gesellschaft verheimlicht oder beiseite schafft, die gesetzlich erforderlichen Handelsbücher nicht geführt oder verändert hat, sie vernichtet, verheimlicht oder so geführt oder verändert hat, daß sie keine Übersicht über die Vermögenslage der Gesellschaft mehr geben, oder daß er fingierte Schulden oder Rechtsgeschäfte aufgestellt oder anerkannt hat. Diese Handlungen müssen in der Absicht der Gläubigerbenachteiligung vorgenommen worden sein, § 239 KO. Eine Bestrafung wegen einfachen Bankrotts kann dann erfolgen, wenn der Geschäftsführer nach Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung auf bestimmte Art und Weise das noch vorhandene Gesellschaftsvermögen verschleudert hat, § 240 Abs.1 S.1 und 2 KO, oder wenn er die erforderlichen Handelsbücher überhaupt nicht oder schlecht geführt hat, oder nicht rechtzeitig Bilanz gezogen hat, § 240 Abs.1 S.3 und 4 KO. In diesen Fällen ist die Absicht der Gläubigerbenachteiligung nicht erforderlich. Schließlich kann der Geschäfts-

führer auch dann bestraft werden, wenn er nach Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung bestimmte Gläubiger unrechtmäßig begünstigt und dadurch andere benachteiligt hat, § 241 KO.

In den genannten Fällen ist nur der Geschäftsführer, der diese Handlungen selbst vorgenommen hat, zu bestrafen, nicht aber die Gesellschaft.

4. Die strafrechtliche Haftung des Direktors einer Ex.PrC.

Für die Direktoren einer Ex.PrC gelten neben den allgemeinen Straftatbeständen noch besondere, die in verschiedenen Gesetzen geregelt sind.

Vernachlässigt ein Direktor die ihm durch Gesetz oder Satzung auferlegte Pflicht, über die geschäftlichen Angelegenheiten der Gesellschaft die erforderlichen Bücher zu führen, ss. 147 ff, arts. 123 f, kann er mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder einer Geldbuße bis zu £ 200 bestraft werden, s. 147,4. In solch einem Verfahren kann sich der Angeklagte allerdings darauf berufen, daß er diese Aufgaben einem dazu geeigneten Angestellten der Gesellschaft (z.B. dem Sekretär) übertragen hat, s. 147,4a. Die Freiheitsstrafe soll nur dann ausgesprochen werden, wenn das Gericht zu dem Ergebnis kommt, daß das Delikt vorsätzlich begangen worden ist, s.147,4b.

Wird über das Vermögen der Gesellschaft das Konkursverfahren eröffnet, kann der Geschäftsführer mit Gefängnis bis zu einem Jahr bestraft werden, wenn innerhalb der beiden letzten Jahre vor Eröffnung des Verfahrens keine ordentlichen Geschäftsbücher geführt worden sind, s.331,1. Welche Bücher das sind, wird in s.331,2 näher erklärt. Eine Verurteilung erfolgt dann nicht, wenn der Direktor nachweisen kann, daß er ehrlich (honestly) gehandelt hat, und daß unter den Bedingungen, unter denen die Geschäfte der Gesellschaft geführt wurden, dieser Mangel entschuldbar ist, s.331,1. Weiterhin wird nach s.329 ein Geschäftsführer einer sich in Liquidation befindlichen Gesellschaft mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft, wenn er die Geschäftsunterlagen der Gesellschaft vernichtet, beschädigt, ändert oder fälscht. Diese Handlungen müssen in der Absicht erfolgen, einen Dritten zu täuschen oder zu betrügen (with the intent to deceive or defraud). Das gleiche gilt dann, wenn er irgendwelche falsche

Angaben bezüglich der Gesellschaft macht. Die Gesellschaft braucht sich nicht im Liquidationsverfahren zu befinden. Die Absicht einer Drittschädigung ist nicht erforderlich, es genügt, wenn er vorsätzlich gehandelt (wilful) hat, s.438. Weiterhin begehen die Direktoren eine strafbare Handlung, wenn sie aus dem Stammkapital Dividende zahlen (criminal conspiracy).³³¹⁾

Der Larceny Act von 1861 enthält weitere Strafvorschriften, durch die das Gesellschaftsvermögen geschützt und die Richtigkeit der Buchführung gewährleistet werden soll, ss. 82-84. Weitere Straftatbestände sind im "Prevention of Fraud (Investments) Act 1958", ss. 13,14 und im "Companies Act 1948, ss. 44 ff zu finden, nach denen sich die Direktoren strafbar machen, wenn sie bei der Kapitalbeschaffung falsche Angaben über die Vermögens- und Geschäftslage der Gesellschaft machen. Diese Vorschriften brauchen hier nicht näher behandelt zu werden, da die Ex.PrC - im Gegensatz zur PuC - nicht zum öffentlichen Kapitalmarkt zugelassen ist, s.28,1c.

Wesentliche Unterschiede zum deutschen Gesellschaftsstrafrecht ergeben sich nicht. Nach beiden Gesetzen erfolgt eine Bestrafung dann, wenn die Geschäftsbücher gefälscht oder unordentlich geführt worden sind. Eine Strafverschärfung erfolgt, wenn diese Handlungen mit der Absicht der Gläubigerbenachteiligung vorgenommen worden sind. Allgemein erscheint es so, daß der englische Geschäftsführer für eine Pflichtverletzung nicht so hart bestraft wird, da sowohl die Höhe der Geld- als auch der Freiheitsstrafen niedriger ist. Das deutsche Gesellschaftsstrafrecht unterscheidet sich also vom englischen in den Straftatbeständen kaum, wohl aber im Strafmaß.

331) Burnes v. Pennell (1849) 2 H.L.C. 497

§ 8. Die Beendigung der Geschäftsführerstellung.

1. Die Beendigung der Geschäftsführerstellung bei der GmbH.

Wenn zwischen der Be- und Anstellung eines Geschäftsführers ein Unterschied gemacht wird³³²⁾, muß auch unterschieden werden zwischen dem Ende der Organstellung und dem des Anstellungsverhältnisses.³³³⁾

Die Beendigung der Organstellung.

Die Geschäftsführerstellung nach außen wird beendet durch den Tod des Geschäftsführers und durch den Verlust der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft, nicht aber durch die Eröffnung des Vergleichs- bzw. Konkursverfahrens oder durch Eintritt in das Liquidationsstadium. Gem. § 66 Abs.1 ist es Aufgabe der Geschäftsführer, das Liquidationsverfahren durchzuführen, falls in der Satzung oder durch einen Gesellschafterbeschuß keine andere Regelung getroffen worden ist. Im Konkursverfahren werden die Funktionen des Geschäftsführers durch die des Konkursverwalters beschränkt.

Die Organstellung kann infolge Zeitablaufs enden, wenn die Bestellung ausdrücklich oder stillschweigend für einen bestimmten Zeitraum erfolgt war. Diese Beschränkung kann gem. § 37 Abs.2 nicht in das Handelsregister eingetragen werden. Die Bestellung gilt dann als auf unbestimmte Zeit verlängert, wenn der Geschäftsführer mit Wissen der Gesellschaft sein Amt über diesen Zeitpunkt hinaus bekleidet. Die Bestellung kann natürlich auch mit sofortiger Wirkung aufgehoben werden, wenn beide Parteien eine dahingehende Vereinbarung treffen.

Den wohl wichtigsten Grund, durch den die Organstellung beendet wird, enthält § 38. Danach kann die Bestellung des Geschäftsführers jederzeit frei widerrufen werden. Der Wider-

³³²⁾ s.o. § 3, 1, S.34

³³³⁾ a.M.: Schilling bei Hachenburg, Einl. zu § 38, der in der Be- und Anstellung ein einheitliches, zweiseitiges Rechtsgeschäft sieht, das er als Geschäftsführungsvertrag bezeichnet.

Dagegen die h.M.: Baumbach-Hueck, § 38 Anm. 1 und BGH in LM Nr. 5 zu § 75 AktG.

ruf kann fristlos und ohne Angabe von Gründen erfolgen, abgesehen von reinen Willkürakten, die gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen. Durch diese Möglichkeit soll das Risiko der Gesellschaft, das ihr aus der unbeschränkbaren Vertretungsmacht des Geschäftsführers entsteht, begrenzt werden.³³⁴⁾ Für die Abberufung ist es ohne Bedeutung, ob der Geschäftsführer gleichzeitig Gesellschafter der GmbH ist oder nicht. Ein freier Widerruf ist nur dann nicht möglich, wenn dem Gesellschafter - Geschäftsführer ein Sonderrecht zur Ausübung dieses Amtes eingeräumt worden ist.³³⁵⁾

Eine einseitige Beendigung der Stellung durch das Organ in Form einer Amtsniederlegung ist im GmbHG nicht vorgesehen. Von sich aus kann der Geschäftsführer seine Organstellung nur dadurch beenden, daß er das Anstellungsverhältnis kündigt. Dadurch wird seine Stellung inhaltlos und erlischt. Unabhängig von der Kündigung des schuldrechtlichen Vertrages kann er sein Amt nicht zur Verfügung stellen, ohne daß sein Dienstverhältnis erlischt.³³⁶⁾

2. Die Beendigung des Anstellungsverhältnisses.

a) Die Gründe, die nicht im Willensbereich der Parteien liegen und das Anstellungsverhältnis beenden, sind die gleichen,

334) Feine, S. 475

335) RG in LZ 1914, 1762; Baumbach-Hueck, § 38 Anm. 2 A; Schilling bei Hachenburg, § 38 Anm. 3; Feine, S. 475.

336) so die h.M.: Brodmann, § 38 Anm. 5; Liebmann-Saenger, § 38 Anm. 8; Vogel, § 38 Anm. 8; OLG Hamm in NJW 1960, 872.

die eine Aufhebung der Organstellung bewirken³³⁷⁾, Tod des Geschäftsführers, Verlust der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft, Unfähigkeit zur Bekleidung des Amtes.

b) Die Kündigung des Anstellungsvertrages.

Dabei ist zu unterscheiden, ob der schuldrechtliche Vertrag ein Auftrag oder Dienstvertrag ist.

Wird der Geschäftsführer unentgeltlich tätig (Auftrag), kann sowohl er als auch die Gesellschaft jederzeit kündigen, § 671 BGB. Liegt dagegen ein Dienstvertrag vor, in dem feste Bezüge vereinbart worden sind, kann von beiden Seiten nur zum Quartalsende mit sechswöchiger Frist gekündigt werden, § 622 BGB. Erhält der Geschäftsführer keine festen Bezüge, sondern nur Provisionen oder Tantiemen, verringert sich die Kündigungsfrist um zwei Wochen, § 623 BGB. Diese Regelung gilt für einen Vertrag, der auf unbestimmte Zeit geschlossen ist. Wurde eine bestimmte Dauer vereinbart, erlischt der Vertrag durch Zeitablauf, falls er nicht ausdrücklich oder stillschweigend auf unbestimmte Zeit verlängert wird.

Daneben kann sowohl die Gesellschaft als auch der Geschäftsführer den Dienstvertrag aus wichtigem Grund fristlos kündigen, § 626 BGB. Ob ein solcher Grund für eine der Parteien gegeben ist, muß anhand des Einzelfalles entschieden werden. Ein wichtiger Grund liegt immer dann vor, wenn die weitere Zusammenarbeit keinem der Partner mehr zuzumuten ist, auch nicht mehr für die Zeit der Kündigungsfrist.³³⁸⁾ Eine Kündigung seitens der Gesellschaft ist dann gerechtfertigt, wenn der Geschäftsführer sich einer groben Pflichtverletzung schuldig gemacht hat, wenn er die Bücher falsch geführt hat, wenn Uneinigkeit zwischen ihm und den übrigen Geschäftsführern besteht, oder wenn die Belange der Gesellschaft durch seine weitere Tätigkeit in der Geschäftsleitung gefährdet würden.³³⁹⁾ Auch hier braucht ein Verschulden des Geschäftsführers nicht vorzuliegen.

Ein Grund, der eine fristlose Kündigung des Geschäftsführers rechtfertigt, liegt dann vor, wenn von ihm seitens der

337) s.o. § 8, 1 a, S. 133

338) Sudhoff, S. 24 f.

339) OLG Hamburg in MDR 1955, 109 = BB 1954, 978

Gesellschaft eine unerlaubte Handlung (z.B.: eine Bilanzfälschung) gefordert wird, oder wenn sie mit der Gehaltszahlung in Verzug kommt.

Zuständig für den Erlaß des Widerrufs oder der Kündigung ist grundsätzlich das Bestellungsorgan. Erfolgt auf Grund der Satzung die Bestellung nicht durch die Gesellschafter, sondern durch ein anderes Organ, dann enthält im Zweifel diese Ermächtigung auch das Recht der Abberufung. Wird die Ernennung dagegen von einem gesellschaftsfremden Dritten vorgenommen, bleibt das Recht der Abberufung bei den Gesellschaftern, da sonst der Dritte über das weitere Schicksal der Gesellschaft allein entscheiden könnte.³⁴⁰⁾ Auch hier wird ein Widerruf oder eine Kündigung nur aus wichtigem Grund zulässig sein.

3. Die Beendigung der Direktorenstellung in der Ex.PrC.

Da im englischen Gesellschaftsrecht nicht die strenge Trennung zwischen Bestellung und Anstellung der Direktoren gemacht wird, braucht bei der Beendigung der Geschäftsführerstellung nicht unterschieden werden zwischen dem Widerruf der Bestellung und der Kündigung des Dienstvertrages. Die Aufhebung eines dieser Rechtsverhältnisse bewirkt gleichzeitig die des anderen.

Ein Unterschied muß aber gemacht werden zwischen der Beendigung des Amtes eines ordinary und der eines managing directors, da die Direktoren, die nur Mitglieder des board sind, im allgemeinen keinen besonderen Dienstvertrag abschließen. Der managing director, der dem Geschäftsführer einer GmbH entspricht, erhält ein festes Gehalt, das in dem mit der Gesellschaft, vertreten durch den board geschlossenen

340) Baumbach-Hueck, § 38 Anm. 2 B;
Feine, S. 476.

Dienstvertrag, vereinbart ist. Die Vergütung der ordinary directors hat eher den Charakter einer Aufwandsentschädigung.

Nach englischem Recht ist zwischen vier Gründen zu unterscheiden, die eine Beendigung der Direktorenstellung herbeiführen. Sie beruhen teilweise auf dem Gesetz und teilweise auf Vereinbarungen in den articles.

a) Der Ausschluß eines Direktors (disqualification).

Wird über das Privatvermögen eines Gesellschaftsdirektors das Konkursverfahren eröffnet (undischarged bankrupt), darf er seine Direktorenaufgaben kraft Gesetzes, ohne daß eine weitere Handlung des Gerichts oder des board erforderlich ist, nicht mehr ausüben. Die Tatsache der Konkurseröffnung allein bewirkt noch nicht den Verlust der Stellung. Doch ist in den meisten articles vorgesehen, daß das Verbot der Amtsausübung gleichzeitig den Verlust der Stellung bewirkt. Übt er weiterhin diese Tätigkeit aus, kann er mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit einer Geldstrafe bis zu £ 500 belegt werden, s. 187,1. Beide Strafen können zusammen ausgesprochen werden. Von diesem gesetzlichen Verbot kann das Gericht, das das Konkursverfahren durchgeführt hat, unter gewissen Voraussetzungen Befreiung erteilen, s. 187,2. Hier ging der Gesetzgeber von der Überlegung aus, daß derjenige, der seine eigenen Vermögensinteressen nicht wahrnehmen kann, auch nicht geeignet ist, fremdes Vermögen erfolgreich zu verwalten.

Hat ein Direktor bei der Gründung oder Geschäftsführung einer Gesellschaft eine strafbare Handlung gegenüber der Gesellschaft begangen, s. 188, 1a, b 2, oder zeigt sich im Liquidationsverfahren, daß er Handlungen vorgenommen hat mit der Absicht, Gläubiger der Gesellschaft zu benachteiligen, ss. 188, 1b 1/332, kann das Gericht neben den allgemeinen Strafen ein Verbot aussprechen, auf Grund dessen es dem Direktor untersagt ist, sich in irgendeiner Form an der Geschäftsführung einer Gesellschaft zu beteiligen. Dieses Verbot kann allerdings nicht länger als fünf Jahre verhängt werden, s. 188,1. Bei Zuwiderhandlungen können die gleichen Strafen ausgesprochen werden wie in s. 187. Wird eine solche Person trotzdem zum Direktor ernannt, ist die Bestellung nichtig.³⁴¹⁾ Allerdings kann auch von diesem Verbot Befrei-

341) Pennington, S. 373

ung erteilt werden. Diese Vorschrift soll nach den Vorschlägen des Jenkins-Report verschärft werden³⁴²⁾: z.B. soll ein gesetzlicher Ausschluß auch dann erfolgen, wenn der Betreffende an irgendeinem Betrugs- oder Untreuedelikt (offence involving fraud or dishonesty) beteiligt war, das nicht notwendigerweise gegen die Gesellschaft gerichtet sein mußte.

Neben diesen beiden gesetzlichen Disqualifikationsgründen enthalten die articles oft noch andere Bedingungen, bei deren Eintritt die Direktoren ihr Amt verlieren. Die Muster-satzung enthält in art. 88 einen solchen Katalog, in dem zu den gesetzlichen Ausschlußgründen weiter die Fälle hinzukommen, daß der Direktor geisteskrank wird, sein Amt selbst niederlegt oder länger als sechs Monate unentschuldigt und ohne Erlaubnis der übrigen Direktoren an den Sitzungen des board nicht teilgenommen hat. Tritt eine dieser Bedingungen ein, dann verliert der betreffende Direktor sein Amt im Zweifel ipso iure. Diese Folge kann nicht durch einen Gesellschafterbeschuß verhindert werden.³⁴³⁾ Eine weitere Handlung des board ist nur dann erforderlich, wenn das in der Satzung vorgesehen ist.³⁴⁴⁾

Näher einzugehen ist auf das häufig in Satzungen zu findende Erfordernis, daß die Direktoren eine bestimmte Anzahl von Aktien der Gesellschaft übernehmen müssen. Dadurch soll ein persönliches, finanzielles Interesse an dem geschäftlichen Erfolg der Gesellschaft erreicht werden, das dann sowohl den Gesellschaftern als auch den Geschäftsführern zugute kommt.³⁴⁵⁾ Diese Aktien werden allgemein als Qualifikationsaktien der Direktoren (director's qualification shares) bezeichnet. Während die Übernahme dieser Geschäftsanteile früher für jeden Direktor obligatorisch war, überläßt es das Gesetz heute den Verfassern der Satzung, ob für die Übernahme des Amtes eine solche Qualifikation erforderlich ist. Wird sie in den articles gefordert, dann muß der betreffende Direktor diese Aktien innerhalb von zwei Monaten nach seiner Bestellung oder innerhalb einer in der Satzung festgelegten kürzeren Frist übernehmen, s. 182,1. Kommt er dieser Ver-

342) Jenkins-Report, § 85 b

343) Re Bodega Company, Ltd. /1904/ 1 Ch. 276, 283

344) Glossop v. Glossop /1907/ 2 Ch. 370, 375

345) s. o. § 6, 2, S.89ff

pflichtung nicht nach, verliert er ipso iure seine Stellung, s. 182,3. Das gleiche gilt, wenn er ursprünglich die Papiere übernommen hatte, sie aber später aus irgendeinem Grunde wieder veräußert hat.

Auf den Ausschluß eines Direktors durch Erreichung einer Altersgrenze von 70 Jahren, s. 185, braucht hier nicht näher eingegangen zu werden, da diese Regelung nur für die PuC oder eine PrC, die gleichzeitig Tochtergesellschaft einer PuC ist, gilt, s. 185,8. Wo sie bei diesen Gesellschaften anwendbar wäre, wird sie durch so viele Ausnahme ausgehöhlt, - vgl. s. 185, 3-7, daß sie heute in der Praxis kaum noch Bedeutung hat.³⁴⁶⁾ Allerdings soll sie nach den Vorschlägen des Jenkins-Report auf alle Gesellschaften ausgedehnt werden.³⁴⁷⁾ Diese Vorschrift wurde vor allen Dingen deswegen in den Companies Act von 1928 aufgenommen, um die peinliche Situation zu vermeiden, daß ein alter Direktor einer Gesellschaft, der sich nicht freiwillig von dem management zurückziehen will, durch die übrigen Mitdirektoren oder Gesellschafter in einer wenig schönen Form zur Niederlegung seines Amtes gezwungen werden muß.³⁴⁸⁾

Auf die Beendigung der Direktorenstellung - sowohl die des ordinary als auch managing director - im Fall daß die Gesellschaft in Liquidation tritt, braucht hier nicht mehr näher eingegangen zu werden.³⁴⁹⁾ Mit Eröffnung des Liquidationsverfahrens erlöschen grundsätzlich alle Dienstverhältnisse der Gesellschaft, gleichgültig, ob es sich um Angestellte oder Direktoren handelt. Dies braucht nicht besonders vereinbart zu werden, sondern ist stillschweigende Bedingung eines jeden Vertrages.

Ein Vergleich mit dem deutschen Gesellschaftsrecht ergibt, daß an die Person des Direktors einer Ex.PrC hinsichtlich seiner Integrität größere Anforderungen gestellt werden. Die Konkurseröffnung oder die Bestrafung wegen eines gegen die Gesellschaft begangenen Deliktes bewirkt bei der GmbH noch nicht automatisch den Verlust der Geschäftsführerstellung.

346) Palmer, S. 527; Gower, S. 120

347) Jenkins-Report, § 85a

348) vgl. Cohen-Report, § 131

349) s. o. § 5, 4, S.84f

Erforderlich dafür ist immer ein gesondert ausgesprochenes Berufsverbot durch das Gericht oder ein Widerruf durch das Bestellungsorgan. Es wäre zu überlegen, ob eine den ss. 187, 188 entsprechende Regelung nicht auch für das deutsche Gesellschaftsrecht zu empfehlen wäre. Damit würde jedenfalls das immer wieder festzustellende Auftauchen undurchsichtiger Geschäftsführer - insbesondere einer Einmann-GmbH - eingeschränkt oder verhindert. Dadurch würde sowohl der Gläubiger- als auch der Gesellschafterschutz erhöht. Dagegen ist die Qualifikation in Form von Aktienbesitz bzw. Geschäftsanteilen nicht für die GmbH zu empfehlen, da der Gesetzgeber bewußt die Dritt- oder Selbstorganschaft der Wahl der Gesellschafter durch eine entsprechende Regelung im Gesellschaftsvertrag überlassen hat. Die Festlegung auf die eine oder andere Möglichkeit würde die Anwendbarkeit der GmbH einschränken. Ein weiterer Unterschied besteht darin, daß bei der GmbH die Abwicklung der Gesellschaft den Geschäftsführern übertragen ist. In England werden dagegen besondere Liquidatoren bestellt, die weder Direktoren noch Gesellschafter sind.

b) Das turnusgemäße Ausscheiden der Direktoren (rotation).

In den Satzungen vieler Gesellschaften ist eine Vorschrift des Inhalts zu finden, daß ein Teil der Direktoren jedes Jahr aus dem Amt ausscheidet. Die so entstehenden freien Stellen werden mit neu zu wählenden Gesellschaftern besetzt. Die Mustersatzung sieht in art. 89 vor, daß in der ersten Jahreshauptversammlung alle Mitglieder des board, die sogenannten Gründungsdirektoren zurücktreten. Von den darauf ernannten Direktoren soll jährlich ein Drittel ausscheiden, und zwar diejenigen, die am längsten im Amt sind, art. 90. Ergibt sich keine Differenzierung aus der Länge der Amtszeit, soll das Los darüber entscheiden, wer ausscheiden muß. Dadurch wird eine gewisse Fluktuation und Beweglichkeit in der Geschäftsführung und deren Überwachung erreicht. Jeder Gesellschafter hat die Möglichkeit, irgendwann einmal an der Geschäftsleitung der Gesellschaft beteiligt zu werden und damit einen Einblick in das tägliche management zu erhalten. Im Gegensatz zum deutschen Recht ist diese Regelung hier erforderlich, weil die Gesellschafter ihren Einfluß nur bei

der Besetzung der Direktorenstellung geltend machen können. Ist der board gewählt, sind sie nicht mehr befugt, in die Geschäftsführung einzugreifen. Sie können nur noch die Direktoren abberufen. Im Gegensatz zur GmbH stehen ihnen keine Kontrollrechte außerhalb der Hauptversammlung zu. Diese Regelung erklärt sich letztlich wieder aus der Dreiteilung Gesellschafter - board - managing director.

Ein ausscheidender Direktor kann sich zur Wiederwahl stellen, art. 91. Hat die Hauptversammlung in diesem Fall nicht ausdrücklich beschlossen, daß die frei gewordene Stelle nicht neu zu besetzen ist, und wählt sie kein anderes Gesellschaftsmitglied, dann gilt der ausgeschiedene Direktor als wiedergewählt, es sei denn, seine Wiederwahl wird durch ausdrücklichen Beschluß abgelehnt, art. 92.

So geeignet dieser Ausscheidungsmodus für große Gesellschaften mit vielen Mitgliedern ist - z.B. eine PuC - wird er selten bei einer PrC, insbesondere einer Ex.PrC, die in der Regel aus maximal fünf Gesellschaftern besteht, angewendet³⁵⁰⁾, und zwar aus dem einfachen Grund, weil diese Gesellschafter alle zugleich Direktoren sind oder sich in anderer Form einen Einfluß auf die Geschäftsführung gesichert haben. Dadurch wird das turnusgemäße Ausscheiden überflüssig.

c) Die Beendigung der Direktorenstellung durch Amtsniederlegung (resignation).

Der einzelne Direktor kann jederzeit sein Amt zur Verfügung stellen, gleichgültig, ob die Satzung diese Art der Beendigung vorsieht oder nicht, art. 88, e. Diese Möglichkeit besteht nur dann nicht, wenn sie ausdrücklich durch die articles ausgeschlossen ist.³⁵¹⁾ Die Amtsniederlegung erfolgt dadurch, daß der Direktor der Gesellschaft sein Vorhaben in schriftlicher Form mitteilt, art. 88, e. Mit Zugang der Willenserklärung hört er auf, Direktor zu sein, es sei denn, nach der Satzung ist die Zustimmung der Gesellschafter erforderlich. Ist die Erklärung einmal abgegeben, kann sie ohne Zustimmung des Bestellungsorgans nicht mehr zurückgenommen werden.³⁵²⁾ Auch wenn nach der Satzung Schriftform

350) Pennington, S. 376; Palmer, S. 535

351) Glossop v. Glossop /1907/ 2 Ch. 370, 374

352) Ibid., S. 374 f.

erforderlich ist, ist die Amtsniederlegung auch dann wirksam erfolgt, wenn sie mündlich vor der Hauptversammlung abgegeben wurde.³⁵³⁾ Eine mündliche Erklärung gegenüber dem board reicht allerdings nicht aus.

Die Möglichkeit der Amtsniederlegung besteht sowohl für den ordinary als auch für den managing director. Die Niederlegung der Stellung als Mitglied des board bewirkt gleichzeitig eine Beendigung des Amtes als managing director. Dies ergibt sich aus Art. 107, da im allgemeinen nur Mitglieder des board zu geschäftsführenden Direktoren ernannt werden. Stellt dagegen der managing director nur sein Amt als Geschäftsführer zur Verfügung, bedeutet das nicht unbedingt den Verlust der Mitgliedschaft des board.

Ein Vergleich mit dem deutschen Recht in diesem Bereich dürfte nicht möglich sein, da sich die Unterschiede aus den verschiedenen Organisationsformen der beiden Gesellschaften ergeben; einerseits nur Gesellschafter - Geschäftsführer und Unterscheidung zwischen Be- und Anstellung, andererseits drei Gesellschaftsorgane (Gesellschafter - board - managing director) und keine Unterscheidung zwischen Be- und Anstellung.

d) Die Entlassung eines Direktors (removal).

Vor Erlaß des Companies Act von 1948 konnte die Gesellschaft einen Direktor nur vor Ablauf seiner Amtszeit entlassen, wenn sie ausdrücklich durch die Satzung dazu ermächtigt war.³⁵⁴⁾ Fehlte eine dementsprechende Regelung, blieb nur die Möglichkeit einer Satzungsänderung mit dreiviertel Mehrheit oder die Nichtwiederwahl des betreffenden Direktors übrig, um ihn abzurufen. In s. 184 sieht das Gesetz heute vor, daß die Hauptversammlung jederzeit jeden Direktor durch einen einfachen Mehrheitsbeschluß abberufen kann. Dies gilt für alle Gesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit mit Ausnahme der Direktoren einer PrC, die vor dem 18. Juli 1945 auf Lebenszeit ernannt worden waren. Darin ist eine Übergangsregelung zu sehen, durch die unbillige Härten in den

353) Latchford Premier Cinema v. Ermion /1931/ 2 Ch. 409, 410 f.

354) Imperial Hydropatic Hotel, Co. v. Hampson (1882) 23 Ch.D. 1, 7.

Fällen vermieden werden sollen, in denen die Direktoren schon lange im Amt sind und ihren Beruf allein auf diese Stellung abgestimmt haben.

Der Widerruf kann ungeachtet irgendwelcher privatrechtlicher Vereinbarungen in Form eines Anstellungsvertrages oder irgendwelcher Klauseln in der Satzung frei erfolgen, gleichgültig, ob die Dienstzeit des betreffenden Direktors abgelaufen ist oder nicht. Die Entlassung kann ohne Angaben von Gründen erfolgen.

Dieser erst 1948 geschaffene Grundsatz der freien Widerrufbarkeit einer Direktorenstellung wird von englischen Autoren als die größte und bedeutendste grundsätzliche Änderung des modernen Gesellschaftsrechts bezeichnet.³⁵⁵⁾ Dadurch ist der ursprüngliche Zustand der Machtverteilung auf die einzelnen Gesellschaftsorgane wieder hergestellt worden, d.h.: die letzte Kontrolle über das Schicksal der juristischen Person üben die Gesellschafter aus. Bis zum Companies Act von 1948 war die Tendenz dahin gegangen, daß die einzelnen Mitglieder immer mehr an Einfluß auf die Organisation ihrer Gesellschaft verloren, deren Schicksal zum größten Teil von den Direktoren bestimmt wurde, besonders dann, wenn sie auf Lebenszeit ernannt worden waren.

Diesem Recht der Gesellschafter, das weder durch Vertrag noch Satzung eingeschränkt oder ausgeschlossen werden kann, noch auf das Vorliegen von wichtigen Gründen beschränkt werden kann, stehen bestimmte Rechte der Direktoren gegenüber. Will ein Gesellschafter den Antrag auf Entlassung eines Direktors in der Hauptversammlung stellen, muß er dies 28 Tage vorher der Gesellschaft mitteilen, die ihrerseits dieses Vorhaben dem betreffenden Direktor mitzuteilen hat (special notice) s. 184,2. Dieser kann dann verlangen, daß ihm Gelegenheit gegeben wird, in der Hauptversammlung zu diesem Antrag mündlich Stellung zu nehmen, oder daß die Gesellschaft eine schriftliche Gegendarstellung (representation), die er abgibt, an die einzelnen Mitglieder verteilt, s. 184,3. Der Direktor soll davor geschützt werden, daß er sich plötzlich einem solchen Antrag in der Hauptversammlung gegenüberge-

355) Gower, S. 124; Palmer, S. 536

stellt sieht, auf den er nicht vorbereitet ist, und zu dem er infolgedessen keine Stellung nehmen kann. Dadurch kann er eine Abstimmung über sein weiteres Verbleiben im board der Gesellschaft zwar nicht verhindern, aber deren Ergebnis u.U. zu seinen Gunsten beeinflussen.

Eine weitere Erschwerung des freien Widerrufsrechts ergibt sich daraus, daß der vor Ablauf seiner Dienstzeit entlassene Direktor gegen die Gesellschaft Schadensersatzansprüche geltend machen kann, s.184,6. Dies gilt allerdings nur für solche Direktoren, die ihre Arbeitskraft und Arbeitszeit ganz für die Gesellschaft einsetzen, - managing or fulltime directors - da nur diese in der Regel ein festes Gehalt beziehen, dessen Höhe in einem besonderen Dienstvertrag festgelegt ist. Erhalten die übrigen Direktoren nur Sitzungsgelder und Aufwandsentschädigungen, steht ihnen kein Schadensersatzanspruch zu. Ein Anspruch gegen die Gesellschaft hat in einem solchen Fall meistens nur der managing director, der eigentliche Geschäftsführer. Unter welchen Voraussetzungen ihm ein solcher Schadensersatzanspruch gewährt wird, soll im nächsten Abschnitt behandelt werden, da sich in dieser Beziehung Unterschiede zwischen der Abberufung eines ordinary und eines managing director ergeben.

Bei der GmbH kann - im Gegensatz zum englischen Recht - in der Satzung die freie Widerruflichkeit auf das Vorliegen von wichtigen Gründen beschränkt werden. Ganz ausgeschlossen kann sie nicht werden, da es sich um zwingendes Recht handelt.³⁵⁶⁾ Dadurch nähert sich die GmbH der oHG, bei der Gesellschaftern die Vertretungsmacht ebenfalls nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes entzogen werden kann, § 127 HGB. Das freie Widerrufsrecht kann auch dadurch beschränkt werden, daß die Gesellschafter den für die Abberufung erforderlichen Beschluß nur mit einer qualifizierten Stimmenmehrheit fassen können. Der Widerruf aus wichtigem Grund gem. § 38 Abs. 2 kann dadurch allerdings nicht nochmals erschwert werden. Hier wird die Organstellung auch dann beendet, wenn nur eine ein-

356) RGZ 124, 371, 379; Scholz, § 38 Anm. 3

fache Mehrheit der Gesellschafter dafür stimmt.³⁵⁷⁾ Sonst würde der untragbare Zustand eintreten, daß Geschäftsführer trotz wichtiger Gründe, die eine Abberufung rechtfertigen würden, gegen die Mehrheit der Gesellschafter im Amt bleiben könnten. Eine weitere vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen Gesellschaft und geschäftsführendem Organ wäre unmöglich. Schließlich wird die juristische Person durch die Mehrheit ihrer Mitglieder repräsentiert, besonders in solchen entscheidenden Fragen.

Das Gesetz selbst führt zwei verschiedene Gründe an, die einen Widerruf gem. § 38 Abs. 2 rechtfertigen: grobe Verletzung der Geschäftsführerpflichten und Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung. Ob ein weiterer wichtiger Grund die Abberufung rechtfertigt, wird man immer nur unter Berücksichtigung des Einzelfalles beurteilen können, wobei die Größe der Gesellschaft, die Person des Geschäftsführers und die Geschäftspraktiken zu berücksichtigen sind. Den Maßstab dafür bildet sowohl die Treupflicht des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft, als auch die der Gesellschaft gegenüber ihrem Organ.³⁵⁸⁾ Nach der Rechtsprechung liegt ein wichtiger Grund für den Widerruf dann vor, wenn durch das weitere Verbleiben des Geschäftsführers die Interessen der Gesellschaft erheblich gefährdet werden, und wenn die weitere Bekleidung dieser Stellung durch diesen Geschäftsführer für die Gesellschaft unzumutbar ist.³⁵⁹⁾ Als solche Gründe sind von der Rechtsprechung anerkannt worden die Bestechlichkeit eines Geschäftsführers³⁶⁰⁾, unerlaubte Konkurrenz³⁶¹⁾, Vertrauensmißbrauch³⁶²⁾ und der Verdacht einer strafbaren Handlung.³⁶³⁾

-
- 357) RGZ 44, 95, 98;
Baumbach-Hueck, § 38 Anm. 2 B;
Scholz, § 38 Anm. 16;
358) Schilling bei Hachenburg, § 38 Anm. 11;
359) RGZ 105, 376 f; RGZ 53, 266 ff;
360) ROHG 13, 182;
361) OLG Rspr. 27, 379;
362) ROHG 21, 375 f;
363) Bayerisches Ob.LG. in NJW 1955, 1678 f;

Voraussetzung für eine Abberufung aus wichtigem Grund gem. § 38 Abs.2 ist nicht, daß den Geschäftsführer ein Verschulden trifft. Unfall oder lang andauernde Krankheit, die die Ausübung des Amtes nicht zulassen, rechtfertigen einen Widerruf gem. § 38 Abs. 2. Das gleiche gilt, wenn infolge betrieblicher Veränderungen die ursprüngliche Zahl der Geschäftsführer nicht mehr erforderlich ist.

4. Die Beendigung der Stellung des managing directors.

Verliert ein managing director sein Amt durch gesetzlichen oder satzungsmäßigen Ausschluß (disqualification), dann endet sowohl seine Stellung als ordinary wie auch als managing director; denn durch das Eintreten einer dieser Bedingungen wird auch der Dienstvertrag gelöst. Das gleiche Ergebnis wird dann erreicht, wenn er sein Amt als ordinary director zur Verfügung stellt (resignation). Durch Abgabe dieser Willenserklärung werden beide Rechtsverhältnisse gelöst.³⁶⁴⁾ Von dem jährlichen turnusgemäßen Ausscheiden (rotation) wird der Geschäftsführer nicht betroffen, da er als permanent oder life director bestellt worden ist, art.107, oder jedenfalls für einen längeren Zeitraum.

Es ist unbestritten, daß er wie jedes andere Mitglied des board jederzeit durch die Hauptversammlung abberufen werden

364) Palmer, S. 536; Gower, S. 126

kann, s. 184. Da er aber neben seiner Bestellung als ordinary director mit der Gesellschaft außerdem noch einen Dienstvertrag abgeschlossen hat, fragt es sich, wie sich die Abberufung auf diesen schuldrechtlichen Vertrag auswirkt: läuft er unabhängig von der Abberufung weiter oder wird er durch den Beschluß der Hauptversammlung auch beendet? Der englische Gesetzgeber hat sich für die zweite Möglichkeit entschieden, indem er dem entlassenen Direktor bei Vorliegen bestimmter Bedingungen einen Schadensersatzanspruch zugesteht, s. 184,6. Voraussetzung dafür ist, daß mit dem Geschäftsführer ein Dienstvertrag abgeschlossen worden ist³⁶⁵⁾, entweder auf Lebenszeit oder für eine bestimmte Zeit, daß die Abberufung vor Ablauf dieser Frist erfolgt, und daß ferner ein Vertragsbruch seitens der Gesellschaft vorliegt. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, dann steht ihm ein Anspruch wegen ungerechtfertigter aber wirksamer Entlassung (wrongful dismissal) zu.

Ist ein Mitglied des board zum managing director ernannt worden, steht ihm im Fall der Abberufung kein Schadensersatzanspruch zu, wenn neben der Bestellung zum ordinary director nicht noch ausdrücklich ein Dienstvertrag abgeschlossen worden ist. Eine solche Vereinbarung kann nicht als stillschweigend getroffen angesehen werden, wenn ein Direktor auf dem in der Satzung vorgesehenen Weg ernannt worden ist, und ihm der board ein Gehalt bewilligt hat.³⁶⁶⁾

Hat die Gesellschaft mit dem managing director einen Dienstvertrag abgeschlossen, in dem für die Beendigung des Amtes auf die in der Satzung enthaltenen Gründe Bezug genommen wurde, kann der Geschäftsführer nicht dadurch seinen Anspruch wegen ungerechtfertigter Abberufung verlieren, daß die Gesellschaft später ihre Satzung dahingehend ändert, daß eine entschädigungslose Entlassung in jedem Fall erfolgen kann. Als Inhalt des Dienstvertrages gilt die Satzung, die zur Zeit des Vertragsabschlusses wirksam war.³⁶⁷⁾ Anders ist

365) Read v. Astoria Garage (Streatham) Ltd. /1952/ 1 Ch. 637, 642: Die Bestellung als managing director durch das board allein bewirkt noch keinen Dienstvertrag. Eine besondere Vereinbarung ist erforderlich.

366) James v. Thomas H. Kent & Co. /1951/ 1 K.B. 551, 555

367) Southern Foundries (1926) Ltd. v. Shirlaw /1940/ A.C. 701, 730

die Rechtslage dann zu beurteilen, wenn kein gesonderter, schriftlicher Dienstvertrag geschlossen wurde, sondern der Direktor nach seiner Ernennung ohne weitere Vereinbarungen seine Stellung angetreten hat. In diesem Fall spricht man von einem konkludenten Vertrag. Zum Unterschied von einem ausdrücklich geschlossenen gilt als Inhalt dieses Vertrages nicht der Inhalt der Satzung, die bei Amtsantritt wirksam war, sondern die im Zeitpunkt der Entlassung bestehenden articles. Will die Gesellschaft sich eines Direktors entledigen, ohne Schadensersatz leisten zu müssen, braucht sie nur ihre Satzung dahingehend zu ändern, daß jeder Direktor jederzeit entlassen werden kann, ohne daß ihm ein Anspruch wegen Vertragsbruchs gegen die Gesellschaft zusteht.

Das ist der einzige Fall im englischen Recht, wo ein gegenseitiger Vertrag durch eine Erklärung nur einer Partei geändert oder aufgehoben werden kann.

Wann ein solcher Vertragsbruch seitens der Gesellschaft vorliegt, kann nur im Einzelfall entschieden werden. Er wird dann zu bejahen sein, wenn der Geschäftsführer seine Pflichten gegenüber der Gesellschaft in dem Maße erfüllt hat, wie es das Gesetz oder sein Dienstvertrag vorschreibt. Hat er dagegen seine Pflichten verletzt, und erfolgt daraufhin seine Abberufung, dann begeht die Gesellschaft keinen Vertragsbruch. Eine Schadensersatzpflicht gegenüber dem Direktor besteht nicht.

Im allgemeinen sehen die articles vor, daß der managing director seine Stellung als Geschäftsführer verliert, wenn er aus irgendeinem Grund als Mitglied aus dem board ausscheidet.³⁶⁸⁾ Der Schadensersatzanspruch hängt dann davon ab, ob er oder die Gesellschaft die Entlassung als ordinary director zu vertreten hat. Die Abberufung als ordinary director kann für sich allein nie eine Schadensersatzpflicht begründen, sondern nur die sich daraus ergebende Entlassung als managing director, wenn diese gleichzeitig ein Vertragsbruch seitens der Gesellschaft ist.

368) Das ergibt sich aus art. 107

Ein Unterschied zum englischen Recht ergibt sich aus dem Wesen des Anspruchs, der dem deutschen Geschäftsführer gegen die Gesellschaft zustehen kann, wenn seine Stellung beendet wird. Aus § 38 Abs. 1 ist zu entnehmen, daß zwischen dem Ende der Organstellung und dem des Anstellungsverhältnisses zu unterscheiden ist. Durch den Widerruf der Bestellung werden Ansprüche des Geschäftsführers aus bestehenden Verträgen nicht berührt. Das kann nur bedeuten, daß der schuldrechtliche Vertrag zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft von der Aufhebung der Organstellung nicht berührt wird, z.B.: dann, wenn der Dienstvertrag für eine längere Zeit abgeschlossen wurde, der Widerruf aber vor Beendigung dieser Frist erfolgte. Ein sich daraus ergebender Anspruch des Geschäftsführers ist kein Schadenersatzanspruch, sondern ein vertraglicher Erfüllungsanspruch.³⁶⁹⁾ Hier wird die Unhaltbarkeit der Meinung von Schilling sichtbar.³⁷⁰⁾ Sie ist mit dem Wortlaut des § 38 Abs. 1 nicht vereinbar, der Ansprüche aus bestehenden Verträgen gewährt. Nach Schillings Theorie bewirkt der Widerruf gleichzeitig das Ende des Anstellungsverhältnisses und damit des ganzen Geschäftsführungsvertrages. Ansprüche aus bestehenden Verträgen können sich dann aber nicht mehr ergeben. Der Geschäftsführer könnte nur noch Schadenersatzansprüche wegen Vertragsbruch geltend machen. Dieses Ergebnis entspräche der Regelung in England.

Ob der Geschäftsführer gegen die Gesellschaft nach Beendigung seiner Stellung durch Widerruf seitens der GmBH einen Anspruch auf Weiterzahlung seines Gehaltes hat, hängt davon ab, welche Wirkung der Widerruf auf das Anstellungsverhältnis hat.

369) Scholz, § 38 Anm. 4

370) bei Hachenburg, § 38 Einl. u. Anm. 4: Theorie eines einheitlichen Geschäftsführungsvertrages, wobei der Widerruf Be- und Anstellungsverhältnis gleichzeitig beendet.

Tod des Geschäftsführers und Verlust der Rechtsfähigkeit der GmbH beenden gleichzeitig das Be- und Anstellungsverhältnis.

Kündigt der Geschäftsführer seinen Anstellungsvertrag, erlischt damit gleichzeitig die Organstellung. Es wäre sinnlos, wenn sie nach außen bestehen bleiben würde, der Geschäftsführer aber weiterhin nicht mehr verpflichtet wäre, seine Aufgaben der Gesellschaft gegenüber wahrzunehmen. Ist deshalb der Anstellungsvertrag nur für bestimmte Zeit geschlossen, endet auch die Organstellung mit Ablauf dieser Zeit.³⁷¹⁾ Das ergibt sich aus einer entsprechenden Anwendung des § 168 BGB. Nicht nur bei der Vollmachterteilung durch Rechtsgeschäft, sondern auch bei der Organbestellung als gesellschaftlichem Akt richtet sich das Außenverhältnis nach dem zugrundeliegenden Innenverhältnis. Dagegen hängt das weitere Fortbestehen des Innenverhältnisses nicht von dem rechtlichen Schicksal des Außenverhältnisses ab.

Ob dagegen der Auftrag oder Dienstvertrag mit dem Widerruf der Bestellung erlischt, ist in vielen Fällen eine Auslegungsfrage, wenn im Gesellschaftsvertrag keine nähere Re-

371) RGZ 140, 314, 315 f.

gelung darüber getroffen worden ist. Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß der Widerruf keine Wirkung auf den schuldrechtlichen Vertrag hat. Besteht zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer ein Auftrag, der kraft Gesetzes jederzeit kündbar ist, § 671 BGB, ist im Zweifel anzunehmen, daß mit dem Widerruf der Bestellung gleichzeitig das Auftragsverhältnis gelöst werden soll.³⁷²⁾ Es macht keinen Unterschied, ob der Widerruf nach § 38 Abs.1 oder Abs.2 erfolgt, da ein Auftrag jederzeit auch ohne wichtigen Grund gekündigt werden kann.

Anders ist die Rechtslage zu beurteilen, wenn statt eines Auftrages zwischen den Parteien ein Dienstvertrag geschlossen wurde. In diesem Fall ist es von Bedeutung, ob der Widerruf frei oder aus wichtigem Grund erfolgt ist.

Liegt ein wichtiger Grund vor, rechtfertigt dieser im allgemeinen auch eine fristlose Kündigung des Dienstvertrages gem. § 626 BGB.³⁷³⁾ Im Zweifel ist dann anzunehmen, daß die Beendigung der Organstellung gleichzeitig ein Ende des Anstellungsverhältnisses bewirkt. Der Widerruf enthält konkludent eine Kündigung. Ansprüche des Geschäftsführers gegen die Gesellschaft entstehen nicht. Erfolgt dagegen die Abberufung ohne wichtigen Grund gem. § 38 Abs.1, besteht im Zweifel der Dienstvertrag weiter und muß zum nächst möglichen Termin ausdrücklich gekündigt werden. Für die Zeit zwischen dem Widerruf der Bestellung und dem Ende des Dienstvertrages steht dem abberufenen Geschäftsführer der Anspruch auf Zahlung des Gehaltes aus dem noch bestehenden Dienstvertrag zu. Nur so ist § 38 Abs.1 zu verstehen.³⁷⁴⁾

Für die Praxis ist Schillings Ansicht von einem einheitlichen Geschäftsführungsvertrag ohne Unterscheidung zwischen Beendigung der Organstellung und des Anstellungsverhältnisses nicht so abwegig³⁷⁵⁾, da dieses Ergebnis fast immer durch entsprechende Vereinbarungen zwischen den Parteien erreicht wird. Der freie Widerruf ist in vielen Fällen ausgeschlossen, da kaum ein Geschäftsführer dieses Risiko auf sich nehmen

372) Scholz, § 38 Anm. 4

373) RG in JW 1915, 653; Scheinmann, S. 65

374) für die AG: BGH in BB 1953, 691

375) Schilling bei Hachenburg § 38 Einl.

wird. Erfolgt der Widerruf gem. § 38 II, dann wird regelmäßig ein Grund für eine fristlose Kündigung vorliegen. Falls die Parteien nicht ausdrücklich vereinbart haben, daß in diesem Fall der Widerruf auch eine Kündigung bewirkt, ist der Vertrag in diesem Sinne auszulegen.³⁷⁶⁾

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß § 38 verglichen mit s.184 das gleiche Prinzip enthält: Jederzeitiges, freies Widerrufsrecht der Geschäftsführer-bzw. der Direktorenstellung. Beide Vorschriften können nicht durch Vereinbarungen irgendwelcher Art ausgeschlossen werden, da sie zwingendes Recht sind. Im Gegensatz zu § 38 Abs. 2 ist der Widerruf der Bestellung eines Direktors einer PrC nicht beschränkbar auf das Vorliegen wichtiger Gründe. Dieses Recht der Gesellschafter ist in Deutschland also unentziehbar aber beschränkbar, in England dagegen unentziehbar und

376) Scheinmann, S. 65; Scholz, § 38 Anm. 4

unbeschränkt. Dafür werden dem Direktor einer Ex.PrC kraft Gesetzes Rechte eingeräumt, durch die er einen gewissen Einfluß auf das Abstimmungsergebnis nehmen kann, die sein deutscher Kollege nicht hat. Hier kommt wieder einmal der Gedanke des fair-play zum Ausdruck, der so oft auch im englischen Geschäftsleben zu finden ist.³⁷⁷⁾ Jedem, der angegriffen wird, soll auch Gelegenheit gegeben werden, sich zu verteidigen. Diese Regelung wäre bei der GmbH jedenfalls dann zu empfehlen, wenn eine Abberufung auch ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes erfolgen kann. Der Geschäftsführer, der in den meisten Fällen für die Gesellschaft hauptamtlich tätig ist, wäre dadurch vor einem allzu großen Berufsrisiko geschützt.

Die Folgen des Widerrufs auf die bestehenden Dienstverträge sind verschieden. Während nur der Widerruf aus wichtigem Grund gem. § 38 Abs. 2 im Zweifel gleichzeitig eine fristlose Kündigung des Dienstverhältnisses enthält, wird durch die Entlassung eines Direktors einer Ex.PrC sowohl seine Organstellung als auch seine vertragliche Vertreterstellung beendet. Das ergibt sich daraus, daß ihm immer nur ein Anspruch auf Schadensersatz (damages) wegen Vertragsbruchs zusteht, falls die Voraussetzungen dafür gegeben sind. Der Widerruf der Bestellung eines Geschäftsführers einer GmbH bewirkt dagegen nicht gleichzeitig eine Beendigung des Dienstverhältnisses. Im Gegensatz zu s. 184,4 hat er nicht einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Vertragsbruchs, sondern wegen Nichterfüllung, da der Dienstvertrag weiterläuft und besonders gekündigt werden muß. In den Voraussetzungen für diese Ansprüche dürfte sich kein Unterschied ergeben, da sowohl der Direktor einer Ex.PrC als auch der Geschäftsführer einer GmbH gegen die Gesellschaft nur einen Anspruch haben, wenn sie sich keiner Pflichtverletzung schuldig gemacht haben. An diesen beiden Ansprüchen wird deutlich, daß in England nicht die strenge Unterscheidung zwischen dem körperschaftlichen Akt der Bestellung und der nachfolgenden Anstellung gemacht wird, sondern die Beziehung des managing director zur Gesell-

377) Gower, S. 124

schaft als ein einheitliches Rechtsverhältnis anzusehen ist. Die Organtheorie, beeinflusst von kontinentalem, besonders deutschem Gesellschaftsrecht, hat diese Unterscheidung noch nicht bewirkt.

5. Das Stimmrecht der Gesellschafter - Geschäftsführer bei ihrer Abberufung.

Bei dem Beschluß über den Widerruf der Bestellung oder der Kündigung des Anstellungsvertrages stimmt der Geschäftsführer einer GmbH, der gleichzeitig Gesellschafter ist, mit.³⁷⁸⁾ Diese Folgerung ist notwendig, wenn man ihm bei seiner Bestellung ein Stimmrecht einräumt; denn dieses Recht könnte jederzeit dadurch vereitelt werden, daß er unmittelbar nach der Bestellung von den übrigen Gesellschaftern wieder abberufen würde.

In jedem Fall der Abberufung gem. s.184 darf auch der betreffende Direktor einer Ex.PrC mitstimmen unter der Voraussetzung, daß er Gesellschafter ist. Es macht keinen Unterschied, ob die Abberufung erfolgt, weil er seine Pflichten gegenüber der Gesellschaft verletzt hat, oder ob die Gesellschaft ihn aus irgendeinem anderen Grund entläßt, der mit der Art der Geschäftsführung nicht im Zusammenhang steht, z.B.: die Abberufung ist aus innerbetrieblichen Organisationsänderungen erforderlich. Hier übt der Direktor sein Stimmrecht als Gesellschafter und nicht als Mitglied des board aus. Anders wäre die Rechtslage dann zu beurteilen, wenn die Abberufung in den Aufgabenbereich des Direktoriums fallen würde. In diesem Fall ist es den Mitgliedern des board im allgemeinen nicht erlaubt, in Angelegenheiten, die sie selbst betreffen, ihr Stimmrecht auszuüben, art. 84,4. Danach ist es ihm z.B. nicht erlaubt, über seinen eigenen Dienstvertrag, den der board als Vertreter der Gesellschaft mit ihm abschließt, mitzustimmen; denn hier übt er nicht ein Mitgliedschaftsrecht aus, sondern ein Stimmrecht, das ihm kraft seiner Direktorenstellung zusteht. Das Gesetz

378) heute h.M.: RGZ 138, 98, 103; BGH in GmbHRdsch. 1953, 72; Scholz in GmbHRdsch. 1951, 85; Baumbach-Hueck, § 38 Anm. 2.

selbst enthält auch diese Beschränkung nicht, sondern gewährt in jedem Falle freies Stimmrecht. Für die Wirksamkeit einer Einschränkung bedarf es immer einer Regelung in den articles. In fast jeder Satzung einer PuC wird aber eine dem art. 84,4 entsprechende Vorschrift zu finden sein, sodaß die oben aufgezeigte Rechtslage die allgemein übliche sein dürfte. Dagegen wird bei einer Ex.PrC selbst diese Beschränkung nicht gemacht, sondern absolut freies Stimmrecht gewährt.³⁷⁹⁾

Im deutschen Recht ist dagegen eine Einschränkung erforderlich, um die groteske Situation bei einer GmbH, die aus zwei Gesellschaftern besteht, die beide Geschäftsführer sind, zu vermeiden, daß einer den anderen abberuft nach freiem Ermessen. Das Recht, den anderen Geschäftsführer abzuwählen, ist nur bei Vorliegen von wichtigen Gründen gem. § 38 Abs.2 zu gewähren; denn hier ist die Rechtslage anders zu beurteilen: bei einem Widerruf gem. § 38 Abs.2 darf der Geschäftsführer nicht mitstimmen.³⁸⁰⁾ Das ergibt sich daraus, daß einerseits das Stimmrecht des Gesellschafter-Geschäftsführers in eigenen Angelegenheiten durch das Gesetz nicht beschränkt ist, und andererseits den Gesellschaftern das unabdingbare Recht des Widerrufs zusteht.³⁸¹⁾ In diesem Konflikt würde es gegen die Treupflicht verstoßen, wenn der Geschäftsführer durch Abgabe seiner Stimme den Widerruf, der durch wichtige Gründe gerechtfertigt ist, verhindern würde und damit zum Nachteil der Gesellschaft handeln würde; denn ein wichtiger Grund liegt nur dann vor, wenn die Geschäftsführerplichten in irgendeiner Weise - schuldhaft oder schuldlos - verletzt worden sind, oder wenn im innergesellschaftlichen Bereich solche Umstände auftreten, die eine weitere Tätigkeit dieses Geschäftsführers nicht mehr rechtfertigen. Aus dem gleichen Grund kann der Widerruf oder die Kündigung nicht von einem qualifizierten Mehrheitsbeschluß abhängig gemacht werden.

379) Palmer, S. 557

380) RGZ 124, 371, 380; Schilling bei Hachenburg, § 47 Anm. 23; Brodmann, § 38 Anm. 2b; Eder in GmbHRdsch 1962, 22 f.; Fichtner in BB 1962, 822 ff.

381) Eder in GmbHRdsch. 1962, 22.

Einfache Mehrheit reicht bei Vorliegen eines wichtigen Grundes aus.³⁸²⁾ Die entgegengesetzte Meinung könnte zu dem Ergebnis führen, daß die Mehrheit der Gesellschafter die Leitung der Gesellschaft einem Geschäftsführer überlassen müßte, der für dieses Amt ungeeignet ist. Es könnte so weit kommen, daß die Mehrheit der Gesellschafter sich der Minderheit beugen müßte, wenn hier eine qualifizierte Mehrheitsentscheidung verlangt würde.

Durch die Versagung des Stimmrechts in diesem Fall wird der Gesellschafter-Geschäftsführer nicht der Art in seinen Mitgliedschaftsrechten beeinträchtigt, daß er der willkürlichen Entscheidung der übrigen Gesellschafter schutzlos ausgeliefert wäre. Bezweifelt er die Berechtigung der Abberufung, weil seiner Meinung nach kein wichtiger Grund vorliegt, kann er eine gerichtliche Entscheidung herbeiführen, in der darüber entschieden wird, ob die Kündigung oder der Widerruf gerechtfertigt ist.

Diese Einschränkung ist bei der Ex.PrC deshalb nicht erforderlich, weil einer der Direktoren zum chairman ernannt wird, dessen Stimme bei Stimmgleichheit den Ausschlag gibt. Dadurch ist eine Stimmenmehrheit in jedem Fall gesichert.

382) RGZ 44, 95; Schilling bei Hachenburg, § 46 Anm. 22; Scholz, § 38 Anm. 16

§ 9. Reform des Gesellschaftsrechts in England und in den EWG - Ländern.

1. Eine Reformbestrebung im englischen Gesellschaftsrecht geht dahin, die Ex.PrC ganz abzuschaffen.³⁸³⁾ Als Begründung dafür führt man an, die Bevorzugung dieser Gesellschaftsform gegenüber der PuC hinsichtlich der Publizitätspflichten sei ungerechtfertigt und entspreche nicht den wirtschaftlichen Erfordernissen. Außerdem werde diese Gesellschaftsform heute für Unternehmen gewählt, für die sie ursprünglich nicht vorgesehen gewesen sei.³⁸⁴⁾

Würden die Vorschläge der Companies Bill angenommen, fiel die Ex.PrC weg. Eine Gesellschaftsform für kleinere Familienunternehmen, bei denen die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt werden könnte, bestände nicht mehr, da die Non Ex.PrC sich heute kaum noch von der PuC unterscheidet. Damit würde die gleiche Lücke wieder entstehen, die durch den C.A. von 1928 erst geschlossen worden war. Den Ex.PrCs bliebe nur übrig, die Form der PuC zu wählen, oder eine Umwandlung in eine partnership vorzunehmen. Das würde den Verlust all der Vorteile bedeuten, die eine Kapitalgesellschaft als juristische Person hat.³⁸⁵⁾ Es wäre zu überlegen, ob es nicht besser wäre, die Ex.PrC in ihrer heutigen Form bestehen zu lassen und die Mängel, die sich gezeigt haben, durch eine entsprechende Änderung des Gesetzes abzustellen.³⁸⁶⁾

Die Abschaffung der Ex.PrC hätte keinen Einfluß auf die Stellung des ordinary oder managing director. Im Gegensatz zur AG und GmbH ist die Ex.PrC keine selbständige Gesellschaftsform gegenüber der PuC. Beide fallen unter den Oberbegriff der "Registered Company limited by shares". Die Aufgaben des board und der Geschäftsführer beider Gesellschaften sind im allgemeinen die gleichen. Unterschiede können

383) vgl. Companies Bill 1965, § 2

384) vgl. dazu ausführlich: Seiler in GmbHRdsch. 1966, 112

385) vgl. dazu auch die Kritik an der Companies Bill von Eder in GmbHRdsch. 1966, 114.

386) Pennington in ZHR 1964, 338.

sich lediglich aus dem Umfang des Geschäftsbereichs ergeben. Sie sind aber keine grundsätzlichen. Die Stellung der Direktoren innerhalb der Gesellschaft und gegenüber Dritten würde von den augenblicklichen Reformbestrebungen im englischen Gesellschaftsrecht nicht berührt.

2. Bei den Reformen der Gesellschaftsrechte der EWG-Staaten bemüht man sich, das Recht der übrigen Partnerstaaten zu berücksichtigen. Die Bestrebungen gehen dahin, eine Europäische Kapitalgesellschaft (*société de type européenne*) zu schaffen. Das soll nicht in Form einer Rechtsvereinheitlichung sondern durch eine Angleichung der einzelnen Rechtsordnungen erreicht werden. Die Selbständigkeit der Rechtssysteme der verschiedenen Mitgliedsstaaten soll dabei gewahrt werden.³⁸⁷⁾ Durch die Rechtsangleichung soll erreicht werden, daß die Gesellschaften von den einzelnen Staaten anerkannt werden, daß sie ihre Rechtspersönlichkeit auch dann behalten, wenn sie ihren Sitz von einem Staat in den anderen verlegen, und daß Gesellschaften fusioniert werden können, die den Rechtsordnungen verschiedener Staaten unterstehen.³⁸⁸⁾

Eine Rechtsangleichung der einzelnen Mitgliedsstaaten der EWG dürfte auf nicht so große Schwierigkeiten stoßen, wie eine Angleichung des englischen Gesellschaftsrechts an das kontinentaleuropäische, da alle dieser Gemeinschaft angehörende Staaten - mit Ausnahme der Niederlande - die Form der deutschen GmbH mit mehr oder weniger großen Abweichungen übernommen haben. Jedenfalls haben alle Staaten eine gemeinsame Ausgangsbasis, das deutsche GmbHG von 1892. Dies trifft auch für die Ausgestaltung der Geschäftsführung zu. Unterschiede, die sich dabei ergeben hinsichtlich der Bestellung, Abberufung oder Zahl der Gesellschafter sind nicht von gravierender Bedeutung,³⁸⁹⁾ auch nicht im Vergleich zum englischen Recht. Grundlegender sind die Unterschiede hinsichtlich

387) vgl. zu diesen Bestrebungen ausführlich: Lutter in NJW 1966, 273

388) EWG-Vertrag, Art. 220 Abs. 3

389) hinsichtlich der Stellung der Geschäftsführer einer GmbH in den EWG-Staaten vgl. Lutter/Pfrommer in GmbHRdsch. 1966, 202.

des Umfangs der Vertretungsmacht der Geschäftsführer. Zwei Systeme stehen sich gegenüber: Die unbeschränkte Rechtsfähigkeit der Gesellschaft und die sich daraus ergebende unbeschränkte Vertretungsbefugnis der Gesellschaftsorgane (so in Deutschland und Frankreich). Auf der anderen Seite das von der ultra-vires Lehre geprägte anglo-amerikanische System der Beschränkung der Rechtsfähigkeit einer juristischen Person, die gleichzeitig den äußeren Rahmen der Vertretungsbefugnis eines Gesellschaftsorgans bildet, so in Luxemburg und Belgien. Alle darüber hinausgehenden Rechtsgeschäfte sind nichtig. Die Richtlinien der EWG-Kommission schlagen in Art. 54 Abs. 3 einen Kompromiß vor: Alle externen Handlungen der Geschäftsführer sollen wirksam sein, falls sie innerhalb des Gegenstandes des Unternehmens liegen, oder falls die Organe nicht durch Gesetz in ihrer Vertretungsbefugnis beschränkt sind, wobei unter bestimmten Voraussetzungen der gute Glaube des Dritten geschützt werden soll.³⁹⁰⁾

Die Schwierigkeiten bei einer Angleichung des englischen Gesellschaftsrechts an das kontinentaleuropäische sind zwar größer als diejenigen, die sich bei den einzelnen EWG-Staaten untereinander ergaben. Der Unterschied zwischen England und dem Kontinent besteht jedoch darin, daß man sich in Europa bemüht, eine Angleichung der verschiedenen Rechtsordnungen herbeizuführen, in England diesen Gesichtspunkt bei der Reform des Gesellschaftsrechts leider überhaupt nicht berücksichtigt. Man strebt zwar eine Aufnahme in die Wirtschaftsgemeinschaft an, übersieht aber gleichzeitig, daß diese nicht ohne eine Angleichung des anglo-amerikanischen Rechtssystems an das kontinentaleuropäische erfolgen kann.

390) Ibid., S. 205

Lebenslauf

Am 7. Februar 1940 wurde ich als ältester Sohn der Eheleute Anton und Cäcilia Bucker geb. Steffen in Großlittgen, Kreis Wittlich geboren.

Nach dem Besuch der Volksschule in Großlittgen wurde ich Schüler des Cusanus-Gymnasiums in Wittlich, wo ich am 24. Februar 1961 die Reifeprüfung bestand.

Im Sommersemester 1961 begann ich mit dem Studium der Rechtswissenschaft an der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz. Nach achtsemestrigem Studium an den Universitäten Mainz, Marburg und Bonn bestand ich am 2. August 1965 das erste juristische Staatsexamen bei dem Oberlandesgericht Köln.

Seit dem 1. November 1966 befinde ich mich als Gerichtsreferendar im Dienste des Landes Hessen.

BAMBERGER FOTODRUCK · RUDOLF RODENBUSCH
8600 BAMBERG - Markusplatz 22 · Telefon: 0951/26794